

La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal

Eduardo Geli Fernández-Peñaflor
Eloi Colldeforns Papiol

Abogados
Uría Menéndez

*Abstract**

La reciente modificación del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal ha sido mayoritariamente interpretada por la doctrina como una regulación de la oponibilidad concursal de la prenda “de” créditos futuros, a pesar de que la letra de la reforma habla, en sus propios términos, de prenda “en garantía” de créditos futuros. El presente trabajo tiene por objetivo estudiar la interpretación del artículo y, desde su literalidad, analizar su razonabilidad y sentido como norma de preferencia concursal.

The recent modification of section 90.1.6 of the Spanish Insolvency Act has mainly been interpreted by the doctrine in terms of a regulation of the enforceability of pledges “over” future claims in insolvency proceedings, in spite of the fact that the wording of the reform specifically refers to pledge “securing” future claims. This paper purports to present a study about the interpretation of that section and, in view of its literality, aims to analyse its reasonableness and sense as a rule of preference for the purposes of insolvency proceedings.

Title: The preference of future claims secured by pledge after the reform of section 90.1.6 of the Spanish Insolvency Act

Palabras clave: concurso, prenda, créditos futuros, preferencia

Keywords: insolvency proceeding, pledge, future claims, preference

* Los autores quieren agradecer las observaciones y comentarios que durante la realización de este trabajo ha realizado el profesor José Ramón SALELLES CLIMENT, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra, y que han resultado de gran utilidad en relación con el tratamiento de los diferentes temas abordados en el trabajo.

Estando en prensa el presente trabajo, se ha dado la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil), de 12 de mayo de 2012 (JUR 210678), “sobre los problemas organizativos que plantea la inscripción en ‘un Registro público’ a que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6º de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, a la que los autores han tenido acceso, y a la que se hace referencia en sus aspectos más relevantes en relación con el objeto del trabajo.

Sumario

1. Introducción
2. Interpretación del artículo 90.1.6º LC a la luz de los antecedentes, contexto y finalidad
 - 2.1. Interpretación según los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada
 - 2.1.a. Propuesta de Anteproyecto
 - 2.1.b. Anteproyectos y Proyecto de Ley
 - 2.1.c. Enmiendas al Proyecto
 - 2.1.d. Informe de la Ponencia – enmienda transaccional
 - 2.2. Interpretación en relación con el contexto
 - 2.3. Interpretación conforme al espíritu y finalidad de la norma
3. Aproximación al concepto de “crédito futuro” del artículo 90.1.6º LC
4. Integración en la masa pasiva de los créditos futuros en caso de concurso. Distinta naturaleza de los créditos concursales y los créditos contra la masa
5. Consecuencias de la distinta naturaleza a la luz del artículo 90.1.6º LC. Compatibilidad de los créditos contra la masa con técnicas de preferencia
 - 5.1. Prededucción frente a graduación
 - 5.2. Compatibilidad entre prededucción y preferencia
6. Las excepciones del artículo 90.1.6º LC en el marco de la interpretación literal
 - 6.1. Rehabilitación
 - 6.2. Inscripción de la prenda en un registro público con anterioridad al concurso
 - 6.2.a. Conflicto entre acreedores concursales
 - 6.2.b. Conflicto entre acreedores de la masa
 - 6.2.c. Conflicto entre acreedor contra la masa y acreedor concursal (suponiendo que ambos ostenten un derecho real sobre el bien en cuestión)
7. Conclusiones
8. Tablas de jurisprudencia citada
9. Bibliografía

1. Introducción

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal ([BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011](#)), se nos presenta como una importante revisión del Derecho concursal vigente que persigue el objetivo, entre otros, de *corregir errores de enfoque detectados en la práctica* y para *colmar las lagunas de la ley*, según se desprende de su Preámbulo. Paradójicamente, y a pesar de las muchas y muy necesarias novedades introducidas, el legislador parece no haber conseguido su objetivo en la modificación del artículo 90.1.6º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ([BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003](#)) (en adelante LC), que algunos no han dudado en calificar de “absurda” y de “error de bulto”.

Esta modificación afecta al régimen de los créditos garantizados por prenda posesoria, cuya clasificación como créditos privilegiados en el concurso era aceptada con carácter general siempre que la garantía fuera constituida en documento público. Mas, para sorpresa de todos, el legislador añade a este régimen una inesperada precisión, que reza lo siguiente: “la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso”.

El contenido de esta adición final al artículo 90.1.6º LC ha causado un asombro profundo y generalizado, pues parece no abordar lo que se esperaba que el legislador regularía. En efecto, pocos operadores jurídicos se debatían sobre si el régimen de prenda *en garantía* de créditos requería una actualización. Aquello en lo que realmente se invertían esfuerzos y reflexiones era los controvertidos efectos en el concurso de la prenda *de* o *sobre* créditos¹. El propio artículo 90.1.6º LC contemplaba –y sigue haciéndolo tras la reforma– la posibilidad de que el deudor pignore, en documento fehaciente, aquellos créditos que tenga contra terceros, y especificaba que, en caso de concurso del deudor, los créditos garantizados con dicha prenda gozarían de un privilegio especial sobre los créditos pignorados. Una regulación tan genérica como esta planteaba algunos interrogantes, especialmente en relación con la posibilidad de pignorar créditos del deudor contra terceros cuando dichos créditos aún no hubieran nacido, es decir, la prenda de créditos futuros.

Concretamente, la pregunta en la práctica era: ¿Qué pasaría si tales créditos futuros nacieran después de la declaración de concurso? En tal caso, el deudor concursado se hallaría en una situación de falta de poder de disposición sobre su patrimonio por lo que cabía pensar que, al nacer, el crédito se integraría en la masa activa y que la prenda constituida sobre él no sería oponible a terceros. Sin embargo, esta reflexión no se materializaba en el artículo 90.1.6º LC, cuya interpretación literal parecía indicar que los créditos nacerían, a pesar de todo, pignorados eficazmente frente al concurso. Los tribunales no han sido demasiado precisos a la hora de fijar

¹ Entre otros, GARCÍA VICENTE (2006, pp. 51 y ss.).

los límites de la oponibilidad concursal de las prendas de créditos nacidos después de la declaración de concurso, pues a fecha de hoy aún no se ha llegado a una postura jurisprudencial uniforme. Se precisaba una clarificación legislativa para proteger la seguridad jurídica.

De todas formas, la STS, Civil, Sec. 1ª, de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008\3048; MP: *Vicente Luis Montes Penades*) en su FJ 3º ofrece, *obiter dicta*, algunas pinceladas de lo que podría ser un criterio delimitador, a saber, que el crédito futuro nacerá pignorado en cabeza del acreedor cuando antes de la declaración de concurso se hubiera ya celebrado el contrato o estuviera ya constituida la relación jurídica fuente de dicho crédito. De no existir dicha relación previa, el crédito nacido después de la declaración de concurso se integrará en la masa activa. Para más detalles sobre esta tesis, defendida por el profesor PANTALEÓN, véase la página 19. Con otro criterio para fundamentar la oponibilidad de la prenda sobre créditos, véase el AJMerc núm. 10 Barcelona, de 27 de marzo de 2012 (JUR 2012\121268; MP: *Juan Manuel de Castro Aragonés*).

Y con estas se nos presenta la reforma del citado artículo de la mano de la Ley 38/2011, sin que se haga referencia alguna a la “prenda *de* créditos”, y no solo esto, sino que además parece que crea un problema allí donde no lo había, pues establece límites al privilegio especial que en el concurso ostentan los créditos garantizados con prenda (en lugar de los créditos sobre los que recae la prenda). Varios representantes de la más autorizada doctrina se han opuesto de forma clara y contundente a esta reforma², al apuntar el resultado absurdo al que nos conduciría la nueva regulación.

Hasta la fecha, el artículo 90.1.6º LC se había considerado por la doctrina como un precepto neutral por lo que respecta al momento de nacimiento del crédito garantizado. Como las normas civiles de constitución de la prenda permitían que esta garantizara cualquier tipo de crédito³ y que pudiera ser oponible a terceros antes del concurso, era coherente que la normativa concursal mantuviera estos rasgos una vez declarado el concurso del deudor pignorante, sin exigir nada más⁴. De hecho, la formulación del antiguo número 6º del citado artículo, con sus amplios términos, invitaba a pensar que no habría ninguna restricción concursal a lo que el Derecho Civil bendijera, pues el único requisito especial de publicidad que exigía para conceder el privilegio (la constitución en documento público) ya era en sí mismo un requisito de constitución y oponibilidad de la prenda en Derecho Civil.

Sin embargo, habida cuenta de que este aparente paralelismo entre “Derecho Civil/Derecho Concursal” parece haber quebrado por culpa de la nueva reforma, al exigirse un requisito más severo de publicidad registral para las prendas en garantía de créditos futuros (al menos para el

² Principalmente, CARRASCO y TORRALBA (2011). Véase, asimismo, GARCÍA VICENTE (2011, pp. 399-434) y FERNÁNDEZ DEL POZO (2012, pp. 9-94). También, aunque admitiendo la literalidad para la parte relativa a las excepciones, ALONSO LEDESMA (2012, p. 322).

³ Entre otros, GARRIDO (2004-1, pp. 1.630-1.632).

⁴ Esta parece ser la filosofía que inspira el artículo 90.2 LC.

caso de que estos nazcan después de la declaración de concurso), resulta necesario plantearse el sentido y efectos de que las prendas en garantía de créditos futuros deban tener un régimen más estricto que las prendas en garantía de créditos presentes en lo que a su privilegio concursal se refiere.

De todos modos, es importante tener presente que existe un régimen independiente para la oponibilidad concursal de las garantías financieras, reguladas por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005). En efecto, este tipo de garantías no precisan de ninguna formalidad ni publicidad, más allá de la constancia por escrito, para poder desplegar eficacia frente a terceros tanto fuera como dentro del concurso.

Por el momento, ante tal inesperado endurecimiento del tratamiento concursal de determinadas garantías reales pignoraticias, la mayor parte de la doctrina ha rechazado la redacción literal del nuevo precepto, interpretándola como si esta hiciera referencia a la “prenda de créditos” en vez de a la “prenda en garantía de créditos” y, a continuación, ha procedido a desarrollar extensos y elaboradísimos análisis sobre la prenda de créditos futuros. De esta forma, se conseguiría un doble objetivo: por un lado, se evitarían las supuestamente desconcertantes consecuencias de la aplicación de la última frase del artículo 90.1.6º LC a las prendas en garantía de créditos futuros y, por otro, se produciría un trasvase de la reforma hacia un sector donde realmente esta es necesaria, *i.e.* el ámbito de la prenda sobre créditos futuros –aunque, según se desprende de los detallados análisis a los que se ha hecho mención, la modificación del artículo 90.1.6º LC resultaría criticable incluso en sede de prenda “de” créditos–.

Algunos de los autores han fundamentado su postura contraria a la literalidad no solo en una razón formal como la supuesta “impertinencia” legislativa (que conduce a hablar de un error del legislador), sino también en razones materiales: en concreto, que si se limita la eficacia de la prenda en garantía de créditos futuros a aquellos créditos nacidos antes del concurso⁵ y a algunos (dos) casos concretos de créditos nacidos después, se produciría una importante contradicción respecto a la configuración lógica de la garantía real pignoraticia. No es de recibo, se nos indica, que una prenda que desplegará toda su eficacia como garantía con privilegio especial respecto a los devengos de un contrato que tengan lugar antes del concurso, pierda sin embargo su eficacia protectora como privilegio especial para aquellos que se produzcan tras la declaración del concurso, sin que haya justificación razonable para fundamentar este distinto tratamiento. Los acreedores difícilmente estarán dispuestos a financiar al concursado si su voluntad de conceder crédito al deudor después de declarado el concurso dejara de contar con el respaldo de la

⁵ ALONSO LEDESMA (2011, pp. 41 y ss.). La autora indica que esta referencia legislativa a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso supone *no decir nada, porque es evidente que si un crédito ha nacido garantizado por una prenda, la declaración de concurso no puede afectar a su naturaleza de crédito privilegiado y, además, esos créditos no pueden ser calificados de “futuros”, puesto que ya han nacido*. Nótese que este artículo se publicó cuando el proyecto de reforma estaba en fase de enmiendas y aún no hacía referencia a los créditos nacidos después de la declaración de concurso. De todos modos, parece que la autora está pensando en créditos “futuros” respecto a la declaración de concurso, y no respecto al momento de constitución de la prenda.

cobertura pignoratícia.

El propósito de nuestro trabajo es, por tanto, doble. Por un lado, en respuesta al planteamiento formal ofrecido, intentaremos proporcionar una interpretación plausible de la citada reforma entendida en sus términos literales (prenda “en garantía de” créditos futuros), que no provoque distorsiones con la práctica existente en materia de garantías pignoraticias. Al mismo tiempo, analizaremos los efectos de esta literalidad viéndola como una norma orientada a otorgar mayor publicidad a las prendas posesorias, en orden a la protección de terceros acreedores del deudor concursado, distintos al acreedor pignoraticio. Por otro lado, y como contrapunto al argumento material esgrimido por algunos autores, valoraremos hasta qué punto, con la nueva reforma, queda desprotegido un acreedor pignoraticio cuyo crédito futuro ha nacido después de la declaración de concurso, tanto si este crédito trae causa de una relación de tracto sucesivo anterior al concurso como si no. Concretamente, argumentaremos que si dicho acreedor lo es contra la masa, su garantía pignoratícia no se puede traducir en un privilegio especial, pero no por ello pierde su eficacia.

2. Interpretación del artículo 90.1.6º LC a la luz de los antecedentes, contexto y finalidad

No ha sido frecuente, en los varios trabajos sobre la materia que hasta ahora han visto la luz, que se analizaran las consecuencias de la interpretación literal del nuevo tercer inciso del artículo 90.1.6º LC –a saber, la prenda “en garantía de” créditos futuros–⁶. Entendemos que la principal causa de esta omisión es que, en general, la doctrina no ha barajado la posibilidad de que los jueces y tribunales lleguen a aplicar el precepto de forma literal, a pesar de que esta tendría que ser precisamente la opción más natural.

No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya ha apostado por la interpretación literal. En la Instrucción DGRN (Mercantil), de 12 de mayo de 2012 (JUR 2012\210678), FD 6º (“Créditos susceptibles de ser garantizados registralmente en los términos del inciso final del artículo 90.1.6º LC”), se manifiesta que “el precepto (inciso tercero del art. 90.1.6º LC) se aplica sin ningún género de dudas cuando se constituye la prenda sin desplazamiento en garantía de créditos futuros”. Más allá de la interpretación efectuada por la DGRN en relación con la modalidad de prenda que regula el artículo (“sin desplazamiento”, en vez de posesoria), es evidente que se está adoptando una perspectiva literal al aludirse a los créditos futuros garantizados por la prenda.

Una interpretación de la norma según el sentido propio de sus palabras pone de manifiesto que, en primer lugar, se está hablando de prenda “en garantía de” –y no “sobre”– créditos futuros; y en segundo lugar, se confiere privilegio especial “a” los créditos nacidos antes de la declaración

⁶ Sí que lo han hecho, sucintamente, CARRASCO y TORRALBA (2011, pp. 1-3) y también, de forma significativa, MIQUEL y GARCIMARTÍN (2011, pp. 26 y ss.). Además, véase HORMAECHEA (2012), que plantea el debate con carácter abierto.

de concurso, en vez de “sobre” ellos. Por tanto, en sus términos literales, el precepto no arroja sombra de duda respecto a aquello a lo que se refiere, y si se deseara optar por una lectura alternativa, como lo es la que entiende que se está hablando de prenda “sobre” créditos, sería necesario contar con apoyos muy sólidos en otros criterios interpretativos.

El artículo 3.1 del Código Civil pone a disposición de los operadores jurídicos otros tres métodos hermenéuticos, que vamos a considerar para comprobar si ofrecen otra posible lectura del precepto.

2.1. Interpretación según los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada

Ya hemos explicado anteriormente que la realidad social actual requería una reforma de la prenda “sobre” créditos futuros, y no la que parece haber introducido el legislador concursal. Pero ¿ha tenido esta realidad social algún eco en los trámites parlamentarios de la Ley de reforma? Analicemos el proceso desde el principio.

2.1.a. Propuesta de Anteproyecto

Ya desde la [Propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de 29 de mayo de 2010](#), estaba presente el uso de la expresión “en garantía de”, por sorprendente que pueda parecer, y aún lo es más que su inclusión no generara ningún tipo de polémica parlamentaria a lo largo de todo el proceso, lo que motivó su permanencia en las sucesivas fases de la tramitación. Es cierto que, en este primer momento, la limitación del privilegio para los créditos futuros se planteó sin excepciones, indicándose que “la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso”. De esta regulación se desprendía, pues, que ningún crédito futuro garantizado con prenda que naciera después de la declaración de concurso podría tener privilegio especial. En nuestra opinión, es probable que esta primera redacción fuera la más sensata de todas, y que fuera una falta de comprensión de sus efectos lo que dio paso a las posteriores modificaciones que enturbiaron su inicial claridad. De todos modos, la Propuesta de Anteproyecto era cuestionable, pues la modificación no se introducía como tercer inciso del artículo 90.1.6º LC (como finalmente ha resultado), sino que aparentemente se incorporaba como un segundo párrafo del artículo 90.2 LC. Este era ciertamente un lugar extraño porque no guardaba ninguna relación con lo que se reformaba, pues el apartado 2 del artículo 90 LC se ocupa de regular los requisitos de forma y publicidad que deben cumplir las garantías de los créditos regulados en los números 1º a 5º del artículo 90.1 LC, y la versión primigenia de la reforma de la prenda en garantía de créditos futuros no preveía ningún mecanismo de forma o publicidad que justificara su inclusión en este apartado.

2.1.b. Anteproyectos y Proyecto de Ley

La situación incluso se agravó en el primer [Anteproyecto de Ley, de 16 de diciembre de 2010](#), que, de nuevo, introducía la regulación de la prenda en garantía de créditos futuros en el artículo 90.2 LC, pero esta vez no como párrafo segundo, sino sustituyendo completamente el anterior

artículo 90.2 LC. Esta ubicación fue discutida por el informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 28 de febrero de 2011 (se puede consultar en BELTRÁN y CAMPUZANO, 2012, p. 361), que la consideró errónea y sugirió que el artículo 90.2 LC permaneciera intacto, además de instar al Gobierno a desplazar el texto de la reforma a continuación del contenido entonces en vigor del artículo 90.1.6º LC. Por otro lado, el Anteproyecto mantenía la redacción en los mismos términos que en la Propuesta de Anteproyecto, lo que a su vez provocó la reacción de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) que, en sus Observaciones de 25 de enero de 2011 (se pueden consultar en BELTRÁN y CAMPUZANO, 2012, pp. 133 y 134), manifestó la situación de desprotección que con la nueva reforma sufrirían los acreedores que otorgaran financiación al deudor una vez declarado el concurso. Por ello, la CECA pedía que se retirara la reforma o, subsidiariamente, se permitiera la existencia de privilegio especial en aquellos casos en los que el acreedor pignoraticio se viera obligado a financiar al deudor una vez declarado el concurso.

Posteriormente, en el [Anteproyecto de 18 de marzo de 2011](#), el texto original de la reforma ya aparecía en el número 6º del artículo 90.1 LC, donde se quedaría con carácter definitivo, dejando intacto el apartado 2 de dicho artículo. Por contra, el Gobierno no atendió las peticiones de la CECA en cuanto a la redacción del precepto, si bien estas no pasaron completamente desapercibidas, como se podrá comprobar. El Proyecto de Ley ([BOCG núm. 119-1, de 1 de abril de 2011](#)) posteriormente presentado no supuso ningún cambio adicional.

2.1.c. Enmiendas al Proyecto

Hay que subrayar que la redacción final del precepto se debe en gran parte a la Enmienda núm. 189 al Proyecto ([BOCG núm. 119-13, de 7 de julio de 2011](#)), presentada en el Congreso por el grupo parlamentario de Convergència i Unió, y que buscaba recortar el alcance de la reforma en su versión original mediante la introducción de dos excepciones.

La justificación del grupo convergente a su enmienda, que reproduce sustancialmente los argumentos ofrecidos por la CECA en sus Observaciones al Anteproyecto, se basaba en que si se introducía la modificación que constaba en el proyecto sin mayores precisiones, cuando “se otorgase financiación al concursado después de la declaración de concurso — créditos nacidos después del [de la declaración de] concurso — los derechos de prenda formalizados con anterioridad a dicha declaración carecerían de privilegio especial, es decir devendrían absolutamente ineficaces, quedando el acreedor que hubiese otorgado la financiación privado de su garantía”. Y este sacrificio del acreedor resultaría “injustificado, desproporcionado y contrario al espíritu de la reforma”, según el grupo convergente.

Para combatir este no deseado efecto CiU propuso que, como excepciones al principio general establecido en el Proyecto, se concediera el privilegio especial también a los créditos nacidos después del concurso, cuando se procediera a su rehabilitación (conforme al artículo 68 LC) o bien cuando su nacimiento no trajera causa de la voluntad del acreedor (por ejemplo, a causa de un mantenimiento del contrato suscrito entre las partes antes del concurso *ex* artículo 61.2 LC). De esta forma, el privilegio especial solo sería negado a aquellos acreedores pignoratícios que, voluntariamente, prestasen financiación al deudor una vez declarado el concurso.

2.1.d. Informe de la Ponencia – enmienda transaccional

La enmienda del grupo convergente fue sometida a transacción en el Informe de la Ponencia (BOCG núm. 119-14, de 29 de julio de 2011) y finalmente aprobada en unos términos distintos: por un lado, se mantenía que gozarían de privilegio especial los créditos garantizados con prenda que procedieran de rehabilitación, pero por otro lado, en vez de la excepción relativa a los créditos cuyo nacimiento no dependiera de la voluntad del acreedor, se introducía una excepción según la cual gozarían de privilegio especial los créditos nacidos después de la declaración de concurso cuando la prenda que los garantizara estuviera inscrita en un registro público con anterioridad al concurso.

¿A qué se debe este cambio? Es posible que la Ponencia no compartiera las inquietudes del grupo convergente en relación con los acreedores obligados a financiar al deudor una vez declarado el concurso, y queremos pensar que fue porque la Ponencia consideró que estos acreedores no necesitaban ninguna protección adicional, una idea que se pondrá de manifiesto en el epígrafe 5. En esta línea, optó por ampliar las exigencias de publicidad de las prendas, una medida que quizá habría tenido más sentido si se hubiera planteado con carácter general y no como excepción, pero que a pesar de todo puede entenderse coherente como elemento configurador del alcance del privilegio especial que una prenda concederá a los créditos que garantice, con independencia del bien o derecho sobre los que recaiga.

En esta línea, GARRIDO (2000, p. 146) argumenta que la publicidad es un elemento fundamental del ordenamiento jurídico en lo que respecta a las causas de preferencia especial.

En resumen, del proceso legislativo descrito y de las reflexiones que hemos expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, que no es fácil encontrar en los trámites parlamentarios algo que demuestre con claridad que realmente se tramitó una reforma de la prenda “sobre” créditos futuros, pues el concepto “prenda en garantía de créditos futuros” no fue discutido en ningún momento pese a su presencia a lo largo de todo el proceso. Los únicos aspectos controvertidos del proceso han sido la ubicación de la modificación y la necesidad de añadir excepciones a favor de los créditos futuros nacidos después del concurso.

Sin embargo, existen algunas aportaciones en el marco del proceso de reforma que parecen abonar la idea de que se estaba pensando, efectivamente, en la prenda “sobre” créditos futuros. Una de ellas es la intervención del profesor Sebastián SASTRE PAPIOL, que fue ponente del Proyecto de Ley de reforma (se puede consultar en BELTRÁN y CAMPUZANO, 2012, p. 479). En referencia a la modificación del artículo 90.1.6º LC, el ponente indica que a partir de ahora “los créditos futuros que nazcan después de la declaración del concurso se integrarán en la masa activa”. La referencia a la integración en la masa activa permite entender que el ponente se está refiriendo a los créditos futuros como objeto de la prenda (prenda sobre créditos), y no como obligación garantizada. Otro ejemplo lo tenemos en la “Declaración de Valdeorras” sobre la reforma concursal, que se emitió en el marco de la segunda parte del I Foro DICTUM de Derecho

mercantil, celebrada el 4 de junio de 2011. En dicho trabajo (se puede consultar en BELTRÁN y CAMPUZANO, 2012, p. 617), suscrito por varios especialistas en Derecho concursal, se partió de la asunción de que la reforma tiene que ver con la eficacia concursal de la prenda “sobre” créditos futuros.

Como segunda conclusión a extraer también podemos afirmar que el grupo parlamentario de CiU creyó, genuinamente, que la reforma pretendía delimitar los efectos de una prenda en garantía de créditos futuros cuando estos nacieran después de la declaración de concurso, por lo que presentó una enmienda a la “errónea” redacción, no con el objetivo de sustituirla por la que correspondería a la vista de las expectativas del mercado, sino más bien para limitar el alcance de la reforma en orden a reducir sus –supuestamente– perjudiciales efectos⁷. Pero lo que a todas luces resulta indiscutible es que el texto final se refiere a la prenda en garantía de créditos futuros, porque el acreedor que financie al deudor ostentará un crédito contra él, y será este crédito el que gozará o no del privilegio especial derivado de la prenda constituida en garantía del mismo. Es irrelevante, para los propósitos de la enmienda, que la prenda recaiga o no sobre créditos.

Puede que todo esto no sea más que la desafortunada historia de un legislador que persistió una y otra vez en su error, pero no cabe duda de que a cada nuevo trámite parlamentario donde la mención “prenda en garantía de créditos” permanecía inalterada, más apoyos perdía la tesis que pretende leer que se está hablando de prenda “sobre” créditos, en lugar de seguir la literalidad de la norma.

2.2. Interpretación en relación con el contexto

Antes de entrar en el análisis sistemático de la reforma, debe hacerse un apunte previo: el concepto de “prenda” referido en el artículo 90.1.6º LC no engloba todo tipo de prendas, pues la prenda sin desplazamiento de la posesión ya tiene su regulación –en sede de privilegios concursales– en el artículo 90.1.1º LC, y la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta goza de privilegio en virtud del artículo 90.1.5º LC. El artículo 90.1.6º LC, pues, cubre las prendas posesorias sobre bienes y derechos que no cuenten con regulación especial en la LC y, según ha afirmado CORDERO LOBATO (2004, pp. 1.077 y ss.), incluso cubre las prendas que para su constitución no requieren la formalización en documento público (como las efectuadas mediante endoso en garantía), otorgando privilegio especial a los créditos que garanticen sin necesidad de ninguna medida de publicidad adicional.

Sin embargo, la ya mencionada Instrucción DGRN (Mercantil), de 12 de mayo de 2012, en sus FFDD 2º (“Sistema registral competente por razón de la materia”) y 7º (“Derechos pignorables a los que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6º LC”), entiende que el precepto solo se aplica a las prendas sin desplazamiento de créditos, en particular también de créditos futuros. Una posible explicación a esta

⁷ Entre otros, véase FERNÁNDEZ DEL POZO (2012, pp. 85-86), muy ilustrativa en cuanto a la mezcla de cuestiones jurídicas de la que es fruto la reforma del artículo 90.1.6º LC.

restrictiva interpretación es la necesidad de hacer viable la excepción de inscripción a un registro público (que comentaremos más adelante), pues por el momento el Registro de Bienes Muebles solo admite la inscripción de prendas sin desplazamiento de la posesión. Con todo, esta interpretación no deja de suscitar alguna duda en clave sistemática, respecto a la prenda, y literalmente, respecto al objeto pignorado.

Teniendo esto presente, consideramos que la interpretación sistemática puede servir para apoyar la tesis de que los créditos futuros son la obligación garantizada y no el objeto de la prenda, ya que todo el artículo 90.1 LC se destina a regular privilegios especiales que ostentan los acreedores como preferencia de cobro de sus derechos de crédito frente al deudor concursado. Aunque es cierto que el artículo menciona qué bienes o derechos están afectos a cada uno de los privilegios especiales recogidos, no se ocupa, como regla, de establecer las condiciones que estos bienes o derechos tienen que cumplir para que los gravámenes que recaen sobre ellos sean eficaces en el concurso. En otras palabras, que un crédito sea o no privilegiado especial depende, en nuestro sistema concursal, de sus propios méritos como crédito y los de su garantía, y no de las particularidades del objeto sobre el que recae el privilegio.

Es cierto, no obstante, que el propio número 6º de dicho artículo dedica su segundo inciso a la prenda sobre créditos, justo a continuación del cual se inserta la nueva norma introducida por la Ley 38/2011. Esto podría inducir a pensar que la modificación también tiene por objeto la prenda de créditos, pero si se quiere ser fiel a la letra de la Ley, el alcance de esta interpretación deberá ser limitado: a lo sumo, se podría entender que el artículo habla sobre la prenda de créditos (presentes o futuros) en garantía de créditos futuros (FELIU REY, 2012, p. 13)⁸. Esto sin duda constreñiría los efectos de la reforma, pero seguiría sin resolver del todo la cuestión de la prenda sobre créditos que tan largamente ha esperado el mercado. Y de todos modos, es importante tener presente que el segundo inciso del artículo 90.1.6º LC solo se refiere a la publicidad que debe darse a la prenda para que el crédito garantizado (no el que es objeto de la garantía) tenga privilegio especial, sin que en ningún momento dicho privilegio se condicione a las particularidades del crédito pignorado. En cambio, el tercer inciso, si se leyera en términos de prenda “sobre” créditos, estaría restringiendo el privilegio a partir de aspectos inherentes al objeto de la prenda (como el momento de su nacimiento o su procedencia de una rehabilitación), no al crédito garantizado. Esto, como hemos indicado en las últimas líneas del párrafo anterior, significaría hacer depender el privilegio especial de las características del objeto pignorado, y no de los propios méritos del crédito garantizado, lo que en general no es compatible con la forma en que nuestro sistema concursal ha concebido la regulación del privilegio especial.

Por otro lado, el hecho de que la reforma mencione la “rehabilitación” de los créditos nacidos después de la declaración de concurso también aproxima la interpretación sistemática a la literal, porque solo son susceptibles de rehabilitación los créditos que ostente un acreedor contra el

⁸ En líneas similares, véase la citada Instrucción DGRN (Mercantil), de 12 de mayo de 2012. FERNÁNDEZ DEL POZO (2012, p. 86) también apunta esta idea, aunque va un paso más allá, al considerar que se puede entender que el precepto habla de prenda de créditos (necesariamente) futuros en garantía de créditos futuros.

deudor concursado, sin que tenga sentido hablar de rehabilitación de los créditos que tenga el concursado contra un tercero –salvo que este tercero entre en concurso, algo que no afecta en modo alguno al privilegio especial que el acreedor pueda tener sobre estos créditos futuros, sino que afecta al valor del crédito pignorado-. De todos modos, ha de admitirse que, como comentaremos más adelante, la formulación de la excepción de “rehabilitación” es algo desafortunada.

Finalmente, el requisito de inscripción de la prenda en un registro público con anterioridad al concurso contribuye también a reforzar la idea de que estamos ante una reforma de la prenda “en garantía de”. Si analizamos el artículo 90 LC en su conjunto, observamos que su apartado 2 regula los requisitos de forma y publicidad que deben reunir los créditos previstos en los números 1º a 5º del apartado 1 para poder disfrutar del privilegio especial –que deberán ser los propios de la legislación específica de cada tipo de garantía para su oponibilidad a terceros– por lo que se puede inferir de forma razonable que los requisitos de publicidad son mecanismos propios de regulación de la preferencia de los créditos garantizados (FELIU REY, 2012, p. 12), no de bienes o derechos objeto de garantía (en la misma línea, GARRIDO, 2004-1, pp. 1.632-1.633). Sin embargo, el artículo 90.1.6º LC queda deliberadamente excluido del artículo 90.2 LC, lo que plantea la duda de qué requisitos deben cumplir los créditos garantizados con prenda posesoria para poder ser privilegiados.

No obstante, véase CORDERO LOBATO (2004, pp. 1.056 y ss.). La autora indica que a pesar de que el artículo 90.2 LC solo se aplica a los números 1º a 5º del artículo 90.1 LC, hay que entender que también las garantías enumeradas en el artículo 90.1.6º LC habrán de haberse constituido con los requisitos exigidos (sea por la ley, sea por la jurisprudencia, en el caso de la prenda de créditos) para su oponibilidad a terceros.

El hecho de que el requisito genérico de oponibilidad concursal previsto por el artículo 90.1.6º LC (la constitución en documento público) hubiera coincidido hasta ahora con el requisito civil de oponibilidad del artículo 1.865 CC es algo contingente, y prueba de ello es que los requisitos de oponibilidad concursal de una prenda sobre créditos (constitución en documento privado de fecha fehaciente) son inferiores a los requisitos de oponibilidad de Derecho Civil. La flexibilidad del precepto permite, pues, que ahora se puedan añadir requisitos de publicidad sin que la estructura de la norma quede alterada.

2.3. Interpretación conforme al espíritu y finalidad de la norma

Dos nociones se pueden extraer del marco teleológico de la reforma. Por un lado, la idea de que el privilegio especial otorgado a la prenda en garantía de créditos futuros se configura con un carácter excepcional. Cuando la Ley indica que “la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio [...]”, se está estableciendo por defecto la ausencia de privilegio especial para este tipo de prendas. Que los créditos futuros nacidos antes del concurso gocen de privilegio especial no es una regla general, sino una excepción. Y el hecho de que los créditos nacidos durante el concurso tengan privilegio especial en determinadas ocasiones es, de nuevo, una excepción a la regla general. Este apunte puede no tener una importancia práctica inmediata,

pero sí que nos puede llevar a entender que la prenda en garantía de créditos futuros produce tal incertidumbre a los otros acreedores –distintos del pignoraticio– que puede entenderse que la Ley no le otorgue, como regla general, ningún privilegio especial, incluso aunque la prenda cumpla los requisitos de oponibilidad previstos por el Derecho Civil. Partiendo de esta ausencia general de privilegio, se llegaría a la conclusión de que la verdadera opción legislativa estriba en el hecho de establecer una excepción para los créditos futuros –garantizados con prenda– nacidos antes del concurso y dos “excepciones a la excepción” para sendos supuestos concretos de créditos nacidos después de la declaración de concurso.

El razonamiento expuesto permite, por otro lado, conectar con la segunda idea que queremos apuntar, a saber, que la reforma tiene un planteamiento literal que se acomoda, con relativa facilidad, en nuestro sistema de clasificación concursal de créditos, como se verá en el epígrafe 5. Y además, que la interpretación del precepto en sus propios términos no queda desprovista de una posible finalidad: su aplicación puede proteger a los acreedores de la tradicional “invisibilidad” de las prendas posesorias, que hasta ahora no han precisado de registro para poder otorgar privilegio especial. Con la introducción de una regla de publicidad (inscripción de la prenda en un registro público con anterioridad al concurso) se mejora esta protección a los terceros en un supuesto concreto, el de prenda en garantía de créditos futuros, lo que no sucedía hasta ahora cuando se otorgaba privilegio a una prenda posesoria sin más condicionantes.

El perfil de tercero acreedor en el que estamos pensando es el de aquel que se plantea otorgar financiación al deudor una vez declarado el concurso: para evaluar el riesgo de impago, este acreedor comprueba, además de la lista de acreedores y otra documentación relevante que esté disponible, lo que se refleja en los estados financieros del concursado. Como es lógico, el balance de una sociedad no incluye pasivos aún no existentes (deudas futuras del concursado), pero si el deudor ha afectado alguno de sus bienes o derechos al pago de dichos pasivos, será porque los considera de probable surgimiento en un futuro. Con esta regla se facilita al tercero acreedor el conocimiento, por medio de la exigencia de publicidad registral, tanto de la existencia de una prenda posesoria que esté gravando algún o algunos de los activos del pignorante, como de los indicios que este último tiene de la futura materialización de las deudas que la prenda garantiza.

Piénsese, en este sentido, que si las deudas futuras de la sociedad se materializan antes de su entrada en concurso, pasarán a formar parte de su balance y el financiador post-concursal podrá tomarlas en consideración. Pero si cuando ya se ha declarado el concurso estas deudas aún no han nacido, y no hay constancia pública de la prenda que las garantiza, el acreedor tendrá mayores dificultades para acceder a esta vital información. Puede así entenderse que la exigencia de publicidad se circunscriba a los créditos futuros nacidos después de la declaración de concurso, pues solo estos entrañan un riesgo palpable para los financiadores del concurso.

Visto que existen apoyos interpretativos a la literalidad del artículo 90.1.6º LC, no se puede descartar la posibilidad de que, incluso aunque el legislador realmente hubiera querido regular la oponibilidad concursal de la prenda sobre créditos futuros, los operadores jurídicos entiendan que se está regulando la prenda en garantía de créditos futuros. Hasta que una próxima reforma aclare, en su caso, el supuesto de hecho, sugerimos tener en cuenta la interpretación propuesta en este trabajo.

Por otro lado, interpretar que la norma habla de prenda “sobre” créditos es demasiado voluntarista, hasta el punto que se acaba torturando la norma hasta desfigurarla, en palabras de MIQUEL y GARCIMARTÍN (2011, p. 30).

3. Aproximación al concepto de “crédito futuro” del artículo 90.1.6º LC

Vamos a asumir, por lo tanto, que la reforma operada por la Ley 38/2011 versa sobre la prenda en garantía de créditos futuros. Para adentrarnos en la aplicación del precepto, es fundamental esclarecer el significado del concepto “créditos futuros” a efectos concursales, pues de este ejercicio interpretativo depende, en parte, el alcance de la reforma. Nótese que “futuro” lo es un crédito respecto al momento de constitución de la prenda, por lo que parece indiscutible que un crédito líquido, vencido y exigible en el momento de constitución de la prenda no puede considerarse futuro a los efectos del artículo 90.1.6º LC, sino presente.

Sin embargo, la casuística dificulta enormemente que se pueda delimitar con certeza el umbral de futuridad, porque la mayoría de créditos tienen un mayor o menor nivel de conexión con el presente existente en el momento de constitución de la prenda, salvo algunas excepciones. En este sentido, se ha llegado a hablar de diversos “grados” en los que un crédito u obligación pueden ser futuros (CARRASCO *et al.*, 2008, p. 814)], de modo que la categoría “futuro” no puede ser contrapuesta automáticamente a la de “presente” sin atender a sus imprecisas fronteras.

Dado que el artículo 90.1.6º LC es una norma concursal podemos intentar, en primer lugar, buscar en este ámbito lo que debe entenderse por “crédito futuro”. Una de las aproximaciones más significativas a este concepto en sede concursal se puede encontrar en los estudios sobre la prenda “sobre” créditos futuros. En efecto, dado que la Ley Concursal ya regulaba en su anterior artículo 90.1.6º LC el privilegio otorgado a los créditos (presentes o futuros) garantizados por una prenda de este tipo, resultaba necesario aclarar lo que era un crédito futuro, y así se intentó por medio de varias aportaciones doctrinales⁹.

De todos modos, el escenario no era el mismo que el que ahora nos ocupa, pues los análisis se referían al crédito afecto a la garantía pignoratícia, en vez de al crédito garantizado en sí mismo. Teniendo en cuenta que necesitamos adoptar la segunda de las perspectivas, quizá no resulte del todo apropiado que tomemos como referencia la prenda “sobre” créditos.

Si salimos de la esfera concursal y nos adentramos en el terreno del Derecho Civil común, observamos cómo existen algunas aproximaciones al concepto a partir de figuras similares a la

⁹ Sobre esta materia, véase CARRASCO *et al.* (2008, pp. 267 y ss.) y FERNÁNDEZ DEL POZO (2012, pp. 82 y ss.). Además, es muy significativa la obra de PANTALEÓN (1997, p. 6), que utiliza una tesis similar a la del vínculo jurídico previo (que a continuación veremos) para determinar cuándo los créditos pignorados pueden considerarse futuros (puramente futuros) y cuándo dichos créditos, a pesar de su apariencia futura, tienen una conexión jurídica suficiente con el presente como para ser considerados presentes (simplemente futuros).

prenda, como la fianza o la hipoteca, todas ellas referidas al crédito como elemento garantizado, no como objeto de la garantía. Probablemente, la razón de la existencia de estos estudios tiene mucho que ver con la controvertida cuestión de si resulta posible garantizar de forma global créditos u obligaciones futuros sin más, o bien deben cumplirse determinados requisitos adicionales.

Véase, en este sentido, el artículo 1.861 CC, que autoriza que la prenda garantice toda clase de obligaciones, lo que permite entender que también las futuras tienen cabida. También relevante es el artículo 1.271 CC, que dispone que el objeto del contrato podrá referirse también a cosas futuras, sin mayores restricciones, lo que debería permitir una pignoración en garantía de obligaciones futuras que estén perfectamente determinadas en el momento de constitución de la prenda, así como también de obligaciones futuras aún no determinadas en el momento de constitución, pero determinables conforme a una “cláusula de globalización”. Adicionalmente, hay que destacar que los principios que configuran los derechos de garantía en nuestro ordenamiento apuntan en el mismo sentido, de tal forma que la regulación de otros tipos de derechos de garantía recoge expresamente la posibilidad de garantizar obligaciones futuras. Es el caso de la fianza (artículo 1.825 CC), la hipoteca (artículos 142 y 153 bis del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria ([BOE núm. 58, de 8 de febrero de 1946](#)) y la propia prenda en el Derecho Civil catalán (artículo 569-14 Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derecho reales ([DOGC núm. 4640, de 24 de mayo de 2006](#))), aunque como veremos después, esto se ha interpretado de manera diferente según el tipo de garantía. Además nos encontramos con jurisprudencia que la admite con carácter expreso –así, la STS, Civil, Sec. 1ª, de 20 de junio de 2007 (RJ 2007\3455; MP: Antonio Gullón Ballesteros), que admite la prenda en garantía de créditos futuros precisamente sobre la base de la existencia de figuras afines en el sector de los derechos de garantía–.

No debe confundirnos el hecho de que el artículo 90.1.6º LC utilice la palabra “créditos” futuros en vez de “deudas” u “obligaciones” futuras, como hacen las normas que regulan los supuestos de fianza o hipoteca, respectivamente. El supuesto es el mismo, pero la diferencia es que el precepto de la Ley Concursal aborda la obligación garantizada desde el punto de vista del acreedor (que será quien se beneficie del privilegio o no), mientras que en las normas citadas de la fianza y la hipoteca se observa la garantía desde la perspectiva del (potencial) deudor –ya que la garantía subyace propiamente a su obligación–.

Y es que, de hecho, la noción de crédito “futuro” tiene una trascendencia que va más allá del Derecho concursal, porque puede referirse a todo tipo de créditos u obligaciones cubiertos por una garantía (personal o real) cualquiera que sea el grado de solvencia del deudor, y sin que la Ley Concursal pueda alterar la valoración que antes del concurso se haga del elemento temporal de estos créditos.

El primero de los derechos de garantía en cuyo seno se han ofrecido criterios de futuridad es la fianza. Conviene tener presentes hasta tres posibles formas de interpretar el carácter “futuro” de un crédito afianzado (a partir de la clasificación efectuada por GUILARTE ZAPATERO, 1990, pp. 103 y ss. e *Id.*, 1991-1, p. 1.791)¹⁰.

¹⁰ Debe notarse, en todo caso, que de las tres opciones ofrecidas por el autor, solo la primera se encuentra en la línea de definir la futuridad de una obligación. La segunda y la tercera se formulan atendiendo a la posibilidad de afianzar obligaciones futuras (y por lo tanto, el autor ya asume su futuridad), por lo que, a los efectos de este

- Son créditos futuros los que en el momento de constitución de la fianza no hayan nacido, a pesar de que su proceso de formación esté iniciado, pendiente de ulteriores integraciones que lo completen o no, quedando vinculado a un hecho futuro (*criterio del nacimiento*).

Mutatis mutandis, esta es la tesis que, con matices y en relación con la prenda “sobre” créditos, defiende FERNÁNDEZ DEL POZO (2012, p. 88). Así, serán futuros todos aquellos créditos que, en el momento de constitución de la fianza/prenda, no cumplan todos los requisitos para su existencia (porque para su nacimiento requieren de la continuación de la actividad del concursado), con independencia de si traen causa de relaciones preexistentes.

- Son créditos futuros los que en el momento de constitución de la fianza no cuenten con un vínculo jurídico previo, del cual surgirá la obligación a garantizar (*criterio del vínculo jurídico previo*).

- Son créditos futuros aquellos que, en el momento de constitución de la fianza, no estén apoyados por un conjunto de circunstancias objetivas que permitan su futura determinación (*criterio de las circunstancias objetivas*).

La tesis del vínculo jurídico previo, que cuenta con apoyo jurisprudencial, nos parece el criterio diferenciador más apropiado.

Así, la STS, Civil, Sec. 1ª, de 30 de octubre de 2006 (RJ 2006\8904; MP: Encarnación Roca Trías) afirma que la expresión “en garantía de deudas futuras” contenida en el artículo 1.825 CC ha sido “interpretada por la jurisprudencia más reciente en el sentido de comprender aquellas deudas realmente futuras, es decir, las que aún no vinculan al deudor principal. La vinculación del deudor principal actúa como condición suspensiva, de manera que cuando llegue a estarlo, adquirirá su vigencia la fianza”.

Como señala el profesor Díez PICAZO (2008, p. 490), si existe vínculo jurídico, existe ya obligación y esta no puede denominarse futura, de modo que el calificativo de “futuros” solo podrá predicarse del grupo de créditos que no tengan existencia actual, esto es, aquellos créditos con posibilidades de surgir en un futuro que no deriven de un vínculo jurídico existente entre los sujetos en el momento de constitución de la garantía.

Partiendo de la inclusión dentro del grupo “presente” de todos los créditos que cuenten con un vínculo jurídico existente al momento de constitución de la garantía, la doctrina ha señalado la tercera tesis, la de las circunstancias objetivas, como la más apropiada para determinar no la futuridad del crédito, sino la determinabilidad suficiente del crédito futuro para que sea posible su afianzamiento (pues solo si existen circunstancias objetivas suficientes en el momento de la constitución de la garantía podrá entenderse que el crédito futuro es suficientemente determinable). En la misma línea, ALVENTOSA DEL RÍO (1988, pp. 17-18).

trabajo, ha sido necesario realizar una adaptación de sus tesis para que las tres interpretaciones se refieran al núcleo de la cuestión, a saber, qué elementos deben existir para que un crédito sea presente –o a contrario, qué elementos deben faltar para que el crédito sea futuro–.

Aplicando este criterio al ámbito pignoraticio, solo serían futuros los créditos que no trajeran causa de una relación jurídica existente al momento de constitución de la prenda, siendo irrelevante que existieran o no circunstancias objetivas que permitieran su futura determinación.

De todas formas, no descartamos del todo la posible adopción del criterio de las circunstancias objetivas como criterio de futuridad, cuya aplicación derivaría en un estrechamiento importante del alcance del concepto de “crédito futuro”, pues la mera existencia de un presupuesto fáctico más o menos concreto en el momento de constitución de la garantía ya permitiría concluir que el crédito es presente.

De este modo, en supuestos típicos como un contrato de crédito firmado antes o simultáneamente a la constitución de la prenda, las futuras disposiciones de crédito que realizara el acreditado serían deudas presentes respecto a la prenda. Y en caso de concurso del acreditado, el tercer inciso del artículo 90.1.6º LC no resultaría de aplicación y la prenda otorgaría privilegio especial al acreditante en todo caso, con independencia de que las disposiciones fueran anteriores o posteriores al concurso.

Es cierto, sin embargo, que no hay unanimidad sobre esta interpretación. En el propio ámbito de la fianza, algunos autores entienden que debe imperar el criterio del nacimiento –aunque no se nos concrete muy bien qué significa que un crédito haya nacido o no– y que las deudas posteriores a la constitución de la garantía, a pesar de derivar de un vínculo jurídico previo, son de carácter futuro.

BERCOVITZ (2009, p. 2.083). Véase también, REYES LÓPEZ (2011, p. 1.170): la autora aboga por el criterio del vínculo jurídico previo como presupuesto de validez de la fianza, de modo que implícitamente parece que está aplicando el criterio del nacimiento a la hora de considerar la futuridad de los créditos afianzados.

Por otro lado, la tesis que defendemos tendría difícil aplicación en el ámbito de las garantías hipotecarias. A pesar de que la hipoteca en garantía de créditos futuros es plenamente admisible a la luz del propio art. 153-*bis* LH, existe discusión sobre qué nivel de determinación previa de estos créditos futuros resulta exigible para que la hipoteca los cubra eficazmente. En este sentido, frente a algunos autores que sólo exigen una descripción de los actos jurídicos básicos de los que podrían derivar en un futuro los créditos garantizados (CARRASCO *et al.*, 2008, pp. 812-813), hay otros que entienden que dichos actos jurídicos básicos deben existir de forma efectiva, no siendo suficiente una mera referencia o descripción (ROCA SASTRE *et al.*, 2009, p. 342). Esta segunda postura es, de hecho, la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en sus Resoluciones de 17 de enero de 1994 y de 11 de enero de 1995 aplica el criterio del vínculo jurídico previo no como un indicador de presencia/futuridad, sino de determinabilidad de un crédito futuro a los efectos de que la hipoteca pueda garantizarlo.

Conectándolo con el objeto de nuestro análisis, mientras que la primera postura apuntada permitiría que el criterio del vínculo jurídico previo fuera empleado como criterio de valoración de la futuridad del crédito garantizado con hipoteca, esta posibilidad quedaría vedada si se optara por la segunda postura. En efecto, cuando se defiende que el crédito futuro solo es garantizable con hipoteca cuando deriva de un vínculo jurídico previo, se está partiendo de la

base de que todo tipo de crédito (presente o futuro) debe contar con este vínculo en el momento de constitución de la hipoteca, por lo que el criterio del vínculo jurídico previo no constituye un elemento diferenciador, sino un presupuesto básico de todo crédito hipotecario. En estos casos, la futuridad se determina a partir del criterio del nacimiento.

Así, BLASCO GASCÓ (2011, pp. 1.286-1.287) indica que la existencia de una relación jurídica previa no empece al carácter futuro de la obligación garantizada con hipoteca, pues realmente solo empieza a existir la obligación cuando en ella se den todos los requisitos (sujetos, prestación y contenido) que la estructura como tal obligación en sentido técnico. Por tanto, se está aplicando el criterio del nacimiento. Esta doctrina, como se observa, no contempla la viabilidad de garantizar un crédito “puramente” futuro (utilizando la terminología del profesor PANTALEÓN).

Habiéndose analizado diversas posibles configuraciones del elemento de futuridad de un crédito, cabe plantear cuál de ellas podría resultar de más idónea aplicación en el ámbito que nos ocupa, el de la prenda en garantía de créditos futuros. A pesar de que a priori parece existir una afinidad mayor entre las garantías pignoraticias y las hipotecarias, al tratarse ambas de derechos reales de garantía, hay también varios autores que, específicamente en relación con la garantía de créditos futuros, han extendido el régimen de la fianza al ámbito de la prenda (VEIGA COPO, 2001, pp. 39-40). De este modo, lo que puede tenerse como obligación futura en ese ámbito podría también aplicarse a la prenda.

Véase también GUILARTE ZAPATERO (1991-2, p. 1.872). Es muy significativo que el autor, a la hora de exponer las cuestiones generales sobre la posibilidad de pignorar en garantía de obligaciones futuras, se remite en bloque a lo expuesto en su comentario al art. 1.825 CC sobre la fianza de obligaciones futuras. Por otro lado, en CARRASCO *et al.* (2008, pp. 187-190), los autores sostienen que, “en contra de lo que la DGRN ha estimado tradicionalmente sobre la hipoteca [...], entendemos que son asegurables las obligaciones futuras que no dependan de una relación jurídica existente en el momento de constituir la prenda”. Esta frase parece una aproximación del régimen de la prenda al de la fianza, de modo que, al permitirse la prenda en garantía de todo tipo de obligaciones futuras, observamos que resultaría posible aplicar la tesis del vínculo jurídico previo como medidor de futuridad de estas obligaciones. En todo caso, sin embargo, los créditos u obligaciones futuros que se garantizan deben tener suficiente determinación o determinabilidad en el momento de constitución de la prenda, incluso si esta tiene un carácter global.

La interpretación que deba seguirse en un supuesto como el del artículo 90.1.6º LC no es, pues, evidente, y hay suficientes aportaciones para debatir si la tesis del vínculo jurídico previo debe considerarse un criterio de futuridad o bien un criterio de determinabilidad del crédito. Ante la incertidumbre de qué acepción seguirán los tribunales, es probable que muchos acreedores pignoratícios deseen prefijarla en sus contratos con el deudor de la forma más favorable para sus intereses. En este sentido, una interesante posibilidad sería que las partes configurasen la prenda en garantía de un crédito futuro como referida a un crédito ya existente/presente pero ilíquido, sujeto a una suerte de plazo o a condición suspensiva. Esta opción podría ser viable precisamente a raíz del hecho de que las partes tengan una relación jurídica previa que les permita anticipar cómodamente los principales rasgos del crédito que va a nacer.

4. Integración en la masa pasiva de los créditos futuros en caso de concurso. Distinta naturaleza de los créditos concursales y los créditos contra la masa

Debe detenerse la atención en otro de los elementos relevantes del artículo 90.1.6º LC, a saber, el nacimiento del crédito futuro antes o después de la declaración de concurso. Es bien sabido que, para determinar con exactitud cuál es el régimen que la Ley Concursal otorga a un crédito concreto, es fundamental que con carácter previo dicho crédito sea sometido a un test de concursabilidad. La concursabilidad se determina generalmente por exclusión, *i.e.* son créditos concursales los que no se encuentran en ninguno de los supuestos regulados por el artículo 84.2 LC, que contiene la relación de créditos contra la masa. Con carácter más específico, la concursabilidad de los créditos derivados de contratos entre acreedor y deudor concursado sigue la norma establecida por los dos primeros apartados del artículo 61 LC, a saber, si el contrato está pendiente de cumplimiento únicamente por el concursado en el momento de declaración de concurso, el crédito ostentado por la otra parte tendrá carácter concursal. Si, en cambio, está pendiente de cumplimiento por ambas partes, será contra la masa en las condiciones previstas por la Ley Concursal.

Estas normas de determinación de la concursabilidad impiden que se pueda afirmar gratuitamente que, respecto al momento de declaración de concurso, los créditos nacidos antes serán siempre concursales, y los nacidos después, contra la masa. Este es un criterio clasificador fabricado por vía de inducción que, a pesar de su habitual eficiencia práctica, puede conducir a error. Así, pueden existir créditos nacidos antes del concurso que tienen el carácter de créditos contra la masa –créditos por salarios, *ex* artículo 84.2.1º LC; o créditos derivados de contratos vencidos anticipadamente cuando se procede a su rehabilitación, *ex* artículo 84.2.7º LC–. También pueden existir créditos nacidos después del concurso que sean concursales, como el 50% de los créditos procedentes de financiaciones en el marco del concurso que supongan dinero nuevo, que son créditos concursales con privilegio general *ex* artículo 91.6º LC –por aplicación a contrario del artículo 84.2.11º LC– y también, como regla, los créditos nacidos después de la declaración de concurso que no estén adscritos a ninguno de los supuestos del artículo 84.2 LC.

Otra de las razones que, en nuestra opinión, han conducido a la confusión apuntada, es una incorrecta acepción del concepto “crédito contra la masa”. Aunque de forma autorizada en la doctrina se ha considerado que los créditos contra la masa se caracterizan por nacer con posterioridad a la declaración de concurso (es decir, por un elemento temporal), las relaciones que hemos apuntado ponen de manifiesto que lo que genuinamente caracteriza estos créditos es su *conexión funcional con el desarrollo del procedimiento y la satisfacción de los acreedores* (GARRIDO, 2000, p. 55). A pesar de que la Ley Concursal, como señala CARRASCO (2009, p. 60)¹¹, quizá no ha

¹¹ El autor indica que gran parte de los créditos prededucibles del artículo 84 no comportan ninguna gestión útil

respetado en todo momento este carácter (o al menos no de forma exclusiva), el hecho de definir los créditos contra la masa a partir de una lista parece una actuación en consonancia con el principio de funcionalidad expuesto, pues la conexión funcional de un crédito con la administración del concurso y la continuación de la actividad del deudor es algo más complejo que una mera delimitación temporal.

Con más matices, véase BELTRÁN (2005, p. 3.616). El autor considera que en los créditos contra la masa convergen dos requisitos: el teleológico, que los vincula a su función de sostener el procedimiento concursal, y el temporal. Nótese, pues, que a pesar del progresivo protagonismo asumido por el elemento temporal, no se ha abandonado en ningún momento la conexión funcional que siempre ha caracterizado a los créditos contra la masa.

Planteada esta exposición, llegamos de forma natural a nuestra tesis: *es imposible que exista un crédito concursal que, al mismo tiempo, sea un crédito contra la masa. Es imposible, por tanto, que un crédito contra la masa tenga un privilegio especial, porque el artículo 90 LC solo concede privilegio a los créditos que se han integrado en la masa pasiva, es decir, a los créditos concursales*. Desarrollaremos la primera de las ideas a continuación, y dejaremos la segunda para el siguiente epígrafe.

Si, como hemos dicho, los créditos concursales se determinan por oposición a los que la Ley califica como créditos contra la masa, no tendría que ser posible que en ocasiones se yuxtapusieran ambas categorías en un mismo crédito. Asimismo, no puede ser viable que un crédito figure como integrado en la masa pasiva (por su concursalidad) y, al mismo tiempo, quede fuera de ella (por ser crédito contra la masa). Esto se pone de manifiesto con claridad en el artículo 94 LC, relativo a la formación de la lista de acreedores por la administración concursal. Los acreedores concursales son los únicos que pueden quedar incluidos o excluidos de dicha lista (artículo 94.1 LC), pues los acreedores de la masa son titulares de créditos independientes, que figuran en una relación separada de la lista, pero no bajo la condición de “incluidos” o “excluidos” (artículo 94.4 LC). De todos modos, conviene aclarar que, si bien un crédito no puede ser concursal y contra la masa al mismo tiempo, nada impide que la condición de acreedor concursal y acreedor contra la masa recaigan en un mismo sujeto, siempre y cuando esta doble condición traiga causa de créditos distintos –por ejemplo, los derivados de contratos existentes antes del concurso cuya vigencia se prolongue una vez declarado este; se trata de contratos que pueden generar, para un mismo acreedor, créditos concursales y contra la masa–.

La tesis expuesta es una cuestión de principio, relativa a la forma en que debe entenderse la regulación ya existente desde hace años en materia de clasificación de créditos. Además, tiene un alcance transversal, porque confiere una completa integridad al sistema y, de paso, ayuda a resolver los problemas relativos a créditos contra la masa que estén garantizados con un derecho real, no necesariamente de prenda –aunque a los efectos de este trabajo, es el derecho de prenda

al colectivo de acreedores implicados, sino que son el resultado de una decisión legal de beneficiar de alguna forma determinados créditos. Una crítica de esta decisión legal, antes de que fuera aprobada la Ley Concursal, puede encontrarse en GARRIDO (2000, pp. 527-528).

el que nos interesa-. Así, el artículo 90.1.6º LC, o siendo más estrictos, el entero artículo 90 LC, jamás será de aplicación a los créditos que sean contra la masa, como veremos en el siguiente epígrafe.

La idea desarrollada cuenta con apoyo doctrinal autorizado¹², y también jurisprudencial, pues varias resoluciones judiciales llegan a las mismas conclusiones en relación con supuestos sistemáticamente relacionados con la preferencia de créditos en el concurso. En efecto, diversas sentencias de Audiencias Provinciales sobre el privilegio especial concedido por el artículo 90.1.4º LC a las cuotas de arrendamiento financiero o venta a plazos sobre el bien arrendado o vendido han tenido que enfrentarse a este problema. El supuesto de hecho ha sido el mismo en la mayoría de ocasiones: un contrato de *leasing* que ha generado cuotas antes de la declaración de concurso sigue generándolas una vez abierto este, y se plantea la cuestión de si las cuotas posteriores son créditos privilegiados. Como hemos indicado, para poder llegar a una conclusión es necesario, con carácter preliminar, determinar si tales cuotas son créditos concursales o créditos contra la masa. Nótese que aunque las Audiencias han mantenido criterios distintos sobre si estos créditos reúnen o no los rasgos de concursabilidad, siempre han compartido la idea base de que no se puede hacer recaer ambas condiciones en un mismo crédito.

Por ejemplo, la SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 9 de noviembre de 2010 (JUR 2011\54406; MP: Ignacio Sancho Gargallo), muy ilustrativa, consideró que el contrato de *leasing* solo estaba pendiente de cumplimiento por el deudor en el momento del concurso, por lo que las cuotas pendientes de cumplimiento tenían carácter concursal *ex* artículo 61.1 LC. Una vez superado el test de concursabilidad, la Audiencia pudo aplicar el artículo 90.1.4º LC para determinar que estas cuotas se beneficiarían de un privilegio especial sobre el bien arrendado –y por tanto, solo otorga el carácter privilegiado a un crédito que previamente haya calificado de “concursal”-. Es digno de reseñar, además, que la Audiencia indicó que una de las razones de la concursabilidad era que “las obligaciones [cuotas] habían ya nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran

¹² BELTRÁN (2004-1, pp. 1.497, 1.504 y ss.). Señala el autor que “el régimen jurídico de los créditos contra la masa se deduce de su propia naturaleza de créditos extra-concursales [...], lo que implica que los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva [...] y que no sufren los efectos previstos para los créditos concursales”. De forma tajante, el autor declara que “la separación entre créditos concursales y créditos contra la masa llega al extremo de que todo lo que se refiera a las deudas de la masa no integra la sección cuarta del juicio del concurso, relativa a la determinación de la masa pasiva y a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos, sino la tercera, en materia de administración concursal (v. artículo 183.3º)” Siendo esto así, es imposible que un artículo como el 90 LC, que regula la clasificación de los créditos como privilegiados especiales, pueda aplicarse en la sección tercera, y por tanto, es inviable que un crédito contra la masa, que integra dicha sección, pueda llegar siquiera a “clasificarse” como ordinario, privilegiado o subordinado. La clasificación está reservada a los créditos concursales. Véase también GARRIDO (2004-2, p. 1.598). El autor observa que “la clasificación de créditos que se recoge en la Ley solo tiene efectos concursales y que afecta tan solo a los créditos incluidos en la lista de acreedores” –por lo que no procede clasificar los créditos concursales excluidos de la lista ni los créditos contra la masa-. Finalmente, véase VEIGA COPO (2011, p. 1.177). El autor declara expresamente que “los acreedores de la masa son acreedores extraconcursales que no entran en el concurso, de modo que es erróneo e inadmisibles considerarles acreedores privilegiados”.

exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados”.

Otro ejemplo que, partiendo igualmente de nuestra tesis, llega a la solución opuesta, es la SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 19 de junio de 2009 (JUR 2009\400184; MP: *Ignacio Sancho Gargallo*) que, adoptando un criterio distinto, consideró que las cuotas de *leasing* devengadas después de la declaración de concurso tenían el carácter de créditos contra la masa, y limitó el privilegio especial a las cuotas vencidas antes. A diferencia del ejemplo anterior, aquí se entiende que los créditos son contra la masa pero, igualmente, se confirma la contraposición entre concursabilidad y extra-concursabilidad, pues se impide que un crédito contra la masa pueda tener un privilegio especial, una cualidad que es exclusiva de determinados créditos concursales.

Es de vital importancia destacar que esta sentencia corrige la decisión del juez de instancia, que de forma indirecta omitió tener en cuenta la distinta naturaleza de los créditos concursales y los créditos contra la masa. En efecto, la SJMerc núm. 4 de Barcelona, de 26 de junio de 2009 (JUR 2011\54408; MP: *Luis Rodríguez Vega*), en su FD 16^o, disponía lo siguiente: “Interpretar que conforme el citado artículo 84.2.6 LC las cuotas posteriores [deben considerarse créditos contra la masa] llevaría a la siguiente situación. Las cuotas anteriores a la declaración de concurso gozarían de un privilegio especial sobre el bien arrendado, mientras que las cuotas posteriores sería[n] prededucibles del activo del concurso, excluidos precisamente los bienes objeto de arrendamiento, tal y como dice el artículo 154.3 LC: ‘Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial’. Ese régimen resulta incoherente y coloca al acreedor en una situación absurda en la que al mismo tiempo goza de un privilegio especial para cobrar parte de su crédito, el vencido antes del concurso, pero no puede cobrar las cuotas posteriores sobre el propio bien”. Como vemos, aunque el juez no llegó a solapar ambas categorías, sí que utilizó el falaz argumento de que las cuotas de *leasing* nacidas después de la declaración de concurso tenían que ser concursales para poder beneficiarse del privilegio. Naturalmente, este es un uso interesado del test de concursabilidad que no podemos aceptar en ningún caso.

Esta sentencia también pone de manifiesto que la distinta naturaleza entre créditos concursales y créditos contra la masa se puede extrapolar más allá de la aplicabilidad de las normas sobre clasificación de créditos. Es el caso del artículo 59 LC, que establece que desde la declaración de concurso dejarán de devengarse intereses, y que es una norma que se ha considerado comúnmente como aplicable solo a los créditos concursales. Con este fundamento, la Audiencia considera que las cuotas de *leasing* devengadas tras la declaración del concurso, por el hecho de ser créditos contra la masa, no quedan sujetos al artículo 59 LC, y por tanto pueden dar lugar al devengo de intereses.

También en relación con el artículo 90.1.1^o LC existe jurisprudencia que tiene en cuenta la naturaleza incompatible de ambas tipologías de créditos a la hora de decidir si los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento pueden optar al privilegio especial con independencia de su concursabilidad. Para muestra, puede verse la SJMerc núm. 1 Vitoria-Gasteiz, de 28 de noviembre de 2005 (AC 2006\262; MP: *Edorta J. Etxarandio Herrera*), que declara que “los créditos contra la masa no se gradúan, sino que, a su vencimiento deben ser pagados [y advierte de que] la hipoteca en garantía de unos créditos contra la masa no puede verse afectada por las operaciones de determinación de las masas del concurso, ya que no hay que confundir preferencia por privilegio, y prioridad por rango registral”. Esta sentencia será también muy

ilustrativa a la hora de comprobar cómo los créditos contra la masa garantizados con hipoteca, prenda con o sin desplazamiento, reserva de dominio, etc., no pierden su preferencia por el mero hecho de no tener un privilegio especial del artículo 90.1 LC.

Véase también la SJMerc núm. 1 Vitoria-Gasteiz, de 23 de septiembre de 2005 (JUR 2006\299858; MP: Edorta J. Etxarandio Herrera), que señala que “la hipoteca en garantía de los créditos contra la masa que se generan del cumplimiento de las pólizas de aval no desmerece en absoluto por el procedimiento concursal, de modo y manera que, previamente a todo pago en la liquidación de créditos concursales, y puesto que sea menester realizar la finca hipotecada, o redimirla, tendría que venir precedido por la satisfacción de estos créditos –si la existencia de numerario no hubiera dado lugar al pago anterior– sin lo cual, por el mismo rango de la garantía real, no se liberará la finca, teniendo en cuenta que la condición de crédito contra la masa no excluye la de preferencia por privilegio, siendo el crédito contra la masa hipotecario el primero entre todo”.

En definitiva, quedan excluidos de la masa pasiva, y por tanto, de la aplicación de las normas sobre clasificación, los créditos contra la masa. De ahí derivan las consecuencias que apuntaremos a continuación.

La tesis expuesta hace difícil generalizar lo dispuesto en relación con la excepción de rehabilitación por MIQUEL y GARCIMARTÍN (2011, pp. 30-31). Los autores han defendido que, como los créditos nacidos de contratos rehabilitados son un supuesto de crédito posterior a la declaración de concurso que no ha nacido por voluntad del acreedor –este puede oponerse a la rehabilitación, pero solo en supuestos muy tasados– podría entenderse que esta excepción en realidad pretende que todos los créditos post-concursales “no voluntarios” puedan tener privilegio especial. Esta analogía habría sintonizado plenamente con la finalidad por la que la CECA y CiU apostaron por la adición de excepciones a la redacción originaria de la reforma. Y es que, de hecho, la enmienda presentada por CiU, como hemos resaltado en el epígrafe 2, contemplaba precisamente como segunda excepción los créditos cuyo nacimiento no dependiera de la voluntad del acreedor, porque se consideraba que privar del privilegio especial a los futuros acreedores del concursado que se vieran obligados a otorgarle financiación (*ex* artículo 61.2 LC por ejemplo) suponía un sacrificio desproporcionado e injustificado. Pero como hemos apuntado, el acreedor que sigue obligado a otorgar financiación puede no ostentar un crédito concursal, sino un crédito contra la masa, motivo por el cual esta analogía tiene una aplicabilidad dudosa –además de que, por otra parte, es difícil que los jueces opten por ella–.

5. Consecuencias de la distinta naturaleza a la luz del artículo 90.1.6º LC. Compatibilidad de los créditos contra la masa con técnicas de preferencia

Hemos afirmado de forma tajante que un crédito contra la masa no puede tener un privilegio especial como crédito concursal, que no es lo mismo que decir que un crédito nacido después de la declaración de concurso no pueda tener un privilegio especial.

Aplicando este principio al supuesto regulado por el artículo 90.1.6º LC en materia de prenda en garantía de créditos futuros –en caso de que se siga la literalidad del precepto– se pone de manifiesto que el privilegio regulado se concederá a los créditos concursales nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos concursales nacidos después de la misma cuando se cumpla alguna de las dos excepciones. La preferencia que ostentan los créditos concursales

futuros garantizados por prenda queda completamente regulada y agotada por el artículo 90.1.6º LC, y en cambio, los créditos contra la masa futuros garantizados por prenda nunca entrarán en el ámbito de aplicación de este artículo, siendo irrelevante el momento de su nacimiento.

Pero esto no significa en absoluto que los créditos contra la masa queden completamente privados de toda protección. Sencillamente, la protección que ostentan es extra-concursal, y por tanto, la protección de los acreedores pignoratícios contra la masa en modo alguno depende de lo que el artículo 90.1.6º LC disponga. Dicha protección opera en dos sentidos.

5.1. Prededucción frente a graduación

La extra-concursalidad de los créditos contra la masa se pone de manifiesto por la aplicación del mecanismo de pre-deducción, que es una “actividad previa –lógica y temporalmente– a la graduación y pago de los créditos concursales” (GARRIDO, 2000, p. 561), y que por tanto, es la máxima protección que se puede conferir a un crédito, mejor que cualquier tipo de preferencia, salvo los créditos privilegiados especiales en lo que respecta al bien o derecho objeto del privilegio. La consecuencia práctica de la prededucción es que la forma en la que se deben ejercitar las pretensiones del acreedor contra la masa es la propia del Derecho Civil para un supuesto ordinario, con aplicación, eso sí, de las especificidades demandadas por la normativa concursal. Así lo entiende también el profesor BELTRÁN (2004-1, pp. 1.505-1.506), observando que “como consecuencia de su carácter extraconcursal, los titulares de créditos contra la masa gozan de las ordinarias garantías jurisdiccionales, de modo que, en principio, podrían solicitar que se declarase su derecho contra la masa y, cuando contasen con la oportuna sentencia u otro título ejecutivo, entablar la correspondiente acción ejecutiva para el cobro de sus créditos”.

Piénsese que, desde un primer momento, la funcionalidad de los créditos contra la masa se extendió no solo a la cobertura de los gastos del procedimiento concursal, sino también a las nuevas obligaciones asumidas válidamente por el deudor durante el concurso (las llamadas “obligaciones de la masa”, por oposición a los “gastos de la masa”, BELTRÁN, 2005, p. 3.615) para poder continuar con su actividad y así obtener patrimonio suficiente para satisfacer todos los créditos (concursoales y extra-concursoales). Esto queda plasmado en los arts. 84.2.4º a 84.2.12º LC, y nos permite entender que el legislador ha querido expresamente que las financiaciones al deudor una vez declarado el concurso sean protegidas mediante el mecanismo de la pre-deducción propio de los créditos contra la masa¹³. Y si lo ha hecho, es porque considera que la protección de los créditos contra la masa es la más alta que puede existir, pues les otorga un beneficio de cobro a su vencimiento prevalente sobre todos los bienes del deudor, salvo los afectos a privilegio especial.

¹³ CARRASCO (2009, p. 61): “la LC busca que prosperen convenios de quita o espera, pero no privilegia a los terceros que estén dispuestos a conceder al concursado una financiación postconcursal”.

5.2. Compatibilidad entre prededucción y preferencia

Aunque los créditos contra la masa se protejan mediante la prededucción, y no se les aplique el privilegio concursal, esto no significa que su titular quede privado de toda forma de preferencia extra-concursal.

Así lo reconoce GARRIDO (2000, pp. 526-528), resaltando el carácter cumulativo de la técnica de la prededucción respecto al derecho de preferencia. También BELTRÁN (2004-2, p. 2.440). En líneas similares, véase VEIGA COPO (2010, pp. 625 y ss.), que de todos modos se muestra crítico con la supervivencia de las garantías extra-concursales. En otra obra (VEIGA COPO, 2011, p. 1.179), el mismo autor indica expresamente que no es incompatible ni imposible el supuesto en que un titular de créditos contra la masa ostente al mismo tiempo algún privilegio (entendemos, extraconcursal).

No debe confundirse privilegio con preferencia, como sutilmente nos advierte la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz que antes hemos citado: el privilegio concursal es una forma de preferencia, pero no la única, pues puede producirse una concurrencia de créditos fuera del concurso –por ejemplo, en casos de tercerías de mejor derecho, que vienen a ser un concurso de acreedores en un proceso singular (GULLÓN, 1991, p. 2.066)– que deberá ser resuelta no conforme a la Ley Concursal, sino conforme a las normas sobre preferencia de créditos establecidas por el artículo 1.922 CC, cuyo apartado 2 otorga preferencia a los créditos garantizados con prenda.

A la idea apuntada sobre la subsistencia de la preferencia se le podría oponer que los artículos 84.3 y 154 LC, que regulan un procedimiento de cobro específico para los créditos contra la masa, no prevén ningún trato especial para aquellos créditos contra la masa que estén garantizados por prenda sobre algún bien o derecho del deudor. Es cierto que el silencio del artículo 154 LC nos lleva a pensar que el legislador no se planteó la necesidad de graduar los créditos contra la masa, pues no creyó que el patrimonio del deudor podría llegar a ser insuficiente para su pago, debido al carácter funcional de estos créditos respecto al concurso (administración, conservación y liquidación del patrimonio del deudor).

Sin embargo, debido a la ya mencionada decisión legislativa de optar por un criterio no estrictamente funcional de los créditos contra la masa, que suele derivar en una sobrecarga de créditos extra-concursales, es muy probable que el patrimonio resulte insuficiente para satisfacer todos los créditos contra la masa y, precisamente por esto, los acreedores buscan garantías reales que protejan también estos créditos. Despojar los créditos contra la masa de su garantía significaría que los acreedores contra la masa, que suelen ser los financiadores del concurso, perderían todo incentivo para conceder créditos al deudor, al verse privados de todas las protecciones que se habían procurado y en las cuales habían confiado. En la práctica, estos acreedores dejarían de tener interés en financiar al concursado o, desde un punto de vista estratégico, serían excesivamente cautos a la hora de negociar contratos con deudores de discutible solvencia, en vistas a la posible continuación forzosa de dichos contratos una vez iniciado el concurso. Y esto abocaría el concursado a una indeseable liquidación.

Por las razones expuestas, la preferencia debe conservarse tanto en los casos de concurrencia de créditos contra la masa, que serán los menos frecuentes, como en el resto de casos. Solo se tendrán que respetar dos condiciones establecidas por la legislación concursal (BELTRÁN, 2004-2, p. 2.435-2.436): por un lado, conforme al artículo 56 LC, la garantía real no podrá ser ejecutada antes de la apertura de la fase de liquidación o antes de que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso (aunque no habrá obstáculos a la ejecución si el bien objeto de la garantía no se encuentra afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor). Por otro lado, las acciones para el pago del crédito deberán sustanciarse por los trámites del incidente concursal (artículo 84.4 en relación con el artículo 8.3 LC).

Es cierto que resulta complejo conjugar el característico “pago al vencimiento” de los créditos contra la masa (artículo 84.3 LC) con el mantenimiento de la garantía para un crédito contra la masa que puede ser de vencimiento posterior a muchos otros (GARRIDO, 2000, pp. 563-564), pues podría plantearse una situación en la que el patrimonio del deudor resultase insuficiente para satisfacer créditos contra la masa vencidos antes que aquel que está protegido con la garantía real. En tal caso, cabría suponer que dentro de la masa activa solo permanecerían los bienes afectos a créditos con privilegio especial –por imperativo de la Ley Concursal–. Los bienes afectos a garantías reales ostentadas por créditos contra la masa aún no vencidos se tendrían que aplicar al pago de los créditos de vencimiento anterior, pero en todo caso la garantía subsistiría¹⁴, para que en el momento del vencimiento del crédito garantizado aquella pudiera ejecutarse (GARRIDO, 2000, p. 565).

Considerando lo que se ha expuesto, no puede decirse de manera absoluta y para todos los casos que la nueva reforma tenga como efecto castigar a quien financia al concursado, pues los financiadores que sean acreedores de la masa no resultarán afectados por el artículo 90.1.6º LC. Solo en algunos supuestos singulares podríamos encontrarnos con créditos concursales nacidos después de la declaración de concurso (por ejemplo, contratos solo pendientes de cumplimiento por el deudor una vez declarado el concurso, *ex* artículo 61.1 LC, pues las cuotas nacidas después del concurso tendrán carácter concursal), cuya prenda solo sería eficaz si cumpliera alguna de las dos excepciones. En el resto de casos, el acreedor contra la masa podrá conservar su garantía.

Si un crédito contra la masa está garantizado, es irrelevante que el deudor no tenga patrimonio suficiente para satisfacer todos los créditos contra la masa, como sí temen MIQUEL y GARCIMARTÍN (2011, p. 29). Estaríamos en un supuesto de “concurrencia de créditos contra la masa”, en el que operaría una graduación favorable al crédito garantizado por la prenda.

¹⁴ O, si en la enajenación del bien no se pretendiera su subsistencia, se podría proteger la garantía mediante tercera de mejor derecho, como ya hemos apuntado más arriba.

6. Las excepciones del artículo 90.1.6º LC en el marco de la interpretación literal

Ahora que ya hemos identificado el posible supuesto de hecho del artículo 90.1.6º LC (prenda en garantía de créditos [concursoales] futuros), es momento de analizar las dos excepciones previstas por la Ley Concursal que permiten que los créditos pignoratícios nacidos después de la declaración de concurso puedan ostentar privilegio especial. Cabe plantear, de todos modos, si tales excepciones podrían referirse también a los créditos anteriores al concurso¹⁵, ya que la norma no lo deja claro y podría entenderse que la locución conjuntiva temporal que recoge las excepciones afecta a todos los créditos futuros garantizados con prenda. Aunque esta interpretación ayudaría a encontrar mayor sentido a la excepción relativa a la rehabilitación –por las razones que a continuación exponremos– y podría ser coherente con la finalidad de dar publicidad a las prendas con carácter general (de tal modo que ninguna prenda en garantía de créditos futuros tendría privilegio si no estuviera registrada, tanto si los créditos nacieran antes como después de la declaración de concurso), no consideramos conveniente seguir su camino.

No obstante, contrástese con FELIU REY (2012, p. 13). El autor defiende que “el art. 90.1.6º, *in fine*, no excluye ni limita la posibilidad de que la prenda constituida por el deudor garantice exclusivamente créditos nacidos antes ‘o bien’ exclusivamente créditos nacidos después, ‘sino’ todo tipo de crédito o créditos, si bien estos solo gozarán de privilegio especial en sede concursal si cumplen los [requisitos] habilitantes establecidos en el citado precepto”. Aunque esta frase puede interpretarse de muchas formas, es posible que el autor considere que los requisitos habilitantes (rehabilitación/inscripción en registro público) son de aplicación tanto a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso como a los nacidos después.

Dos motivos nos llevan a descartar esta interpretación:

- La forma de redactar la norma no sería lógica si las excepciones se aplicaran a todos los créditos futuros garantizados con prenda, ya que se estaría haciendo una distinción inútil entre créditos nacidos antes y créditos nacidos después del concurso. Sería más apropiado, en este caso, que el precepto indicara que “la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial cuando se proceda a su rehabilitación o la prenda conste inscrita en un registro público con anterioridad al concurso”.

- De la tramitación parlamentaria de la reforma que hemos relatado en el epígrafe 2, parece claro que el grupo parlamentario de CiU no planteaba la introducción de excepciones para los créditos nacidos antes del concurso, pues esto significaría asumir que dichos créditos no serían, generalmente, privilegiados (tendrían que cumplir las excepciones para serlo, al igual que los nacidos durante el concurso). Las excepciones se previeron como mecanismo reductor de las supuestamente “nocivas” consecuencias de eliminar completamente el privilegio especial pignoratício de los créditos nacidos después de la declaración de concurso, no para incrementar

¹⁵ Así lo han sugerido MIQUEL y GARCIMARTÍN (2011, p. 29), aunque con las mismas dudas que a nosotros nos despierta esta posibilidad.

los riesgos de todos los acreedores pignoratícios.

Incluso asumiendo que las excepciones resultan de aplicación exclusiva a los créditos futuros nacidos tras la declaración de concurso, debe tenerse presente que la finalidad que se invocó para introducirlas en la reforma decae parcialmente si se advierte, como hacíamos en el epígrafe anterior, que los acreedores de la masa no reciben su protección por vía de las preferencias concursales. Las excepciones solo se aplican a créditos futuros *concursoales* nacidos después de la declaración de concurso, y por tanto no se podrá privilegiar en el sentido concursal a los acreedores cuando sus créditos sean contra la masa, que será el supuesto más frecuente.

6.1. Rehabilitación

La primera de las excepciones es la rehabilitación del crédito conforme al artículo 68 LC. A primera vista, resulta difícil de comprender en qué tipo de rehabilitación está pensando el legislador, pues la rehabilitación del artículo 68 LC no afecta en sentido estricto a créditos, sino a contratos de préstamo o crédito que hubieran vencido anticipadamente en los tres meses anteriores al concurso. Además, no se puede, como pretende el artículo 90.1.6º LC, proceder a la rehabilitación de un crédito nacido después de la declaración de concurso. No solo porque un crédito no es lo mismo que un contrato, sino también porque cualquier crédito derivado de ese contrato habrá nacido antes de la declaración de concurso. Cuestión distinta son los créditos que nazcan del contrato una vez producida la rehabilitación, que tienen la consideración de créditos contra la masa conforme al propio artículo 68 y al artículo 84.1.7º LC, y que por tanto no caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 90.1.6º LC.

Resulta muy difícil interpretar esta excepción de forma razonable, pero sugeriremos una posibilidad, que tiene que ver con el hecho de que los créditos existentes justo antes de la rehabilitación deberían tener la consideración de concursales. Se podría entender que la excepción se aplica al pago de las *cantidades debidas al momento de la rehabilitación* (que son concursales), y no a los pagos futuros (que como hemos dicho son créditos contra la masa). Así, cuando la administración concursal decida rehabilitar un contrato y así lo notifique al acreedor, los créditos garantizados por prenda que ya hayan vencido en este momento gozarán de un privilegio especial.

Esta interpretación genera algunas dudas, por cuanto no queda claro si se puede hablar propiamente de rehabilitación efectiva antes de que las cantidades debidas hayan sido satisfechas o consignadas. No es seguro que la mera notificación de la rehabilitación al acreedor permita entender que el contrato ya se encuentra rehabilitado, pues esto situaría al acreedor en una posición perjudicial a cambio de nada. Quizá deba entenderse que la administración concursal tiene necesariamente que proceder a la satisfacción o consignación de las cantidades debidas para que la rehabilitación surta efecto, y si así fuera, podríamos defender que en caso de satisfacción defectuosa o consignación de una cantidad insuficiente, la rehabilitación ya se habría producido a pesar de que aún existirían créditos concursales por satisfacer –los cuales, como hemos dicho, tendrían un privilegio especial–.

Existe doctrina que considera que la rehabilitación se produce con la mera decisión de rehabilitar adoptada por la administración concursal y notificada al acreedor –aunque la decisión es susceptible de oposición– de modo que no es necesario satisfacer ni consignar ipso facto las cantidades debidas para que se pueda entender que la rehabilitación ha tenido lugar (MADRAZO, 2004, p. 1.266). Sin embargo, es esta misma doctrina la que sostiene que, una vez producida la rehabilitación, tanto las cantidades debidas y las correspondientes a vencimientos sucesivos tendrán la consideración de créditos contra la masa (MADRAZO, 2004, p. 1.267), a pesar de que el artículo 68.1 LC se limita a indicar que la administración concursal asume con cargo a la masa el pago de estos últimos. Si se acepta esta interpretación, se podrá llegar a la conclusión que el artículo 90.1.6º LC, en tanto que precepto aplicable únicamente a créditos concursales, no tiene margen para regular privilegios concursales de créditos derivados de rehabilitación, pues todos ellos son créditos contra la masa.

Si a pesar de todo, entendemos que, una vez producida la rehabilitación, los créditos ya debidos tienen carácter concursal, solo a estos podría aplicárseles la excepción regulada por el artículo 90.1.6º LC.

Incluso en estos casos, ha de tenerse en cuenta que el 90.1.6º LC no limita el privilegio de los créditos nacidos antes del concurso, de modo que no será necesario alegar la excepción de rehabilitación para los créditos concursales derivados del vencimiento anticipado del contrato.

De todos modos, y en general, se puede decir que la excepción de rehabilitación tiene un encaje complicado en la interpretación del nuevo artículo 90.1.6º LC, y si no se opta por ninguna de las ideas que hemos expuesto para dar sentido a esta excepción, la forma como esta será acogida por los jueces seguirá siendo un misterio.

De todos modos, el difícil encaje apuntado no es un argumento para sostener que la rehabilitación hace referencia a la prenda “sobre” créditos, pues ya hemos indicado que no tiene mucho sentido que deba rehabilitarse el crédito objeto de la garantía, pues este es ostentado por el deudor concursado contra un tercero, y a menos que este tercero entre también en concurso, no habrá lugar a ninguna rehabilitación. En este sentido, CARRASCO y TORRALBA (2011, p. 2), a pesar de apostar por una interpretación del tercer inciso del artículo 90.1.6º LC como prenda “sobre” créditos futuros, admiten que la insólita referencia que el precepto comentado hace a los créditos rehabilitados en principio exigiría, por imperativo sistemático, que se hablara de prenda “en garantía” de créditos futuros. También, véase ALONSO LEDESMA (2012, p. 322), que considera que la “prenda en garantía de créditos será eficaz en el concurso si se ha rehabilitado el contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 68 [LC]”.

6.2. Inscripción de la prenda en un registro público con anterioridad al concurso

En virtud de la segunda excepción, el artículo 90.1.6º LC permite que los créditos nacidos después de la declaración de concurso puedan ostentar privilegio especial si la prenda constituida en su garantía se hubiera inscrito en un registro público con anterioridad al concurso. No contamos con ninguna justificación oficial de esta excepción –pues su inclusión en la reforma deriva de la transacción practicada por la Ponencia sobre la enmienda de CiU–. Pero como hemos anticipado en el epígrafe 2, entendemos que la excepción puede favorecer la constitución de

prendas posesorias con un mayor nivel de publicidad, con el fin de reforzar la seguridad jurídica de los restantes acreedores, específicamente de aquellos que financian al deudor tras la declaración de concurso. Es cierto que la exigencia de registro de la prenda solo opera a efectos concursales, pues no se reproduce en nuestro Derecho Civil común. No obstante, al contratar con un deudor cuya solvencia a corto plazo no está exenta de dudas, el acreedor deberá valorar si existe un mayor o menor riesgo de que los créditos generados por el contrato sean concursales y que, por tanto, queden sujetos al artículo 90.1.6º LC. En caso de riesgo elevado (por ejemplo, si se sospecha que el deudor puede entrar en concurso cuando aún esté vigente el periodo de disposición del crédito concedido), la prudencia aconsejará inscribir la prenda desde un primer momento, incluso si sigue siendo viable que los créditos generados sean contra la masa.

Asimismo, cabe preguntarse en qué registro público debe estar inscrita la prenda para que los créditos futuros que garantice gocen siempre del privilegio especial, y aunque la formulación abierta del precepto admitiría todo tipo de registro público que recoja este tales derechos tanto en España como en el extranjero (CARRASCO y TORRALBA, 2011, p. 7), parece obvio que el legislador está pensando en el Registro de Bienes Muebles, en su sección de “otras garantías reales sobre bienes muebles”, pues es ahí donde se inscriben la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, las figuras jurídicas más asimiladas a las prendas posesorias¹⁶.

Comparte esta idea la Instrucción DGRN (Mercantil), de 12 de mayo de 2012, FD 2º (“Sistema registral competente por razón de la materia”), que de forma rotunda afirma que “el Registro público a que se refiere el artículo 90.1.6º LC no es otro que el Registro de Bienes Muebles”. Además, precisa que la inscripción de la prenda se practicaría en la sección cuarta del Registro, “otras garantías reales” –recuérdese, no obstante, que la DGRN está pensando en prendas sin desplazamiento–.

Pero si esto es así, haría falta una norma habilitadora que permitiera la inscripción de las prendas posesorias, ya que en nuestro Derecho solo se pueden inscribir las prendas sin desplazamiento posesorio, en virtud del artículo 70 (en relación con el artículo 54.III) de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión. De momento, pues, la excepción queda vedada a todas aquellas prendas de carácter ordinario –es decir, con desplazamiento de la posesión–. La exclusión de los privilegios concursales en las prendas ordinarias sobre créditos futuros tiene difícil explicación, pero a lo sumo se puede entender que la prenda sin desplazamiento, al tratarse de una prenda inscrita, ya gozaba de publicidad a partir de su constitución y los otros acreedores conocían (o podían conocer) que los activos pignorados no entrarían a formar parte de la masa activa.

Una posibilidad alternativa sería la de inscribir la prenda en el Registro Mercantil, como es habitual en el Derecho inglés para determinadas garantías reales (*registrable charges*)¹⁷, aunque, de nuevo, no existe

¹⁶ Así lo entiende también FERNÁNDEZ DEL POZO (2012, pp. 85-86), aunque refiriéndose a las prendas “sobre” créditos, por analogía con el artículo 54.III de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.

¹⁷ Para una mayor exploración de esta posibilidad, consúltese FERNÁNDEZ DEL POZO (2012, pp. 78-79).

título habilitante en ninguno de los preceptos del Reglamento del Registro Mercantil que lo autorice – salvo que se entienda que el artículo 90.1.6º LC opera como tal habilitación–. Además, el Registro Mercantil español, a diferencia del inglés, no está pensado para la inscripción de garantías, sino en la de personas.

Por lo tanto, y a pesar de la natural idoneidad del Registro de Bienes Muebles para acoger la inscripción de prendas posesorias, no parece haber en Derecho español ninguna norma que lo autorice expresamente. Así pues, sería necesario un posterior desarrollo legislativo para dar contenido viable a esta excepción planteada por el artículo 90.1.6º LC.

En otro orden de cosas, si analizamos la excepción desde una perspectiva práctica, debemos plantear tres casos principales de conflicto entre acreedores en relación con algún bien de la masa activa pignorado a favor de uno de ellos.

6.2.a. Conflicto entre acreedores concursales

El supuesto base configurado por el artículo 90.1.6º LC resuelve de forma sencilla los conflictos entre acreedores concursales. Si la prenda en garantía de créditos futuros de un acreedor concursal está inscrita con anterioridad al concurso, dicho acreedor podrá estar seguro de que su crédito siempre tendrá un privilegio especial sobre el bien o derecho pignorado, tanto si nace antes como después de la declaración de concurso. Por tanto, se genera un incentivo para inscribir la prenda.

6.2.b. Conflicto entre acreedores de la masa

La protección de los créditos contra la masa es extra-concursal, y como en Derecho Civil común no se requiere la inscripción en registro público para que la prenda sea oponible, no habrá incentivos para que un acreedor la registre si prevé que su crédito será contra la masa, pues su derecho real y su preferencia se mantendrán aunque la prenda no esté inscrita. No obstante, un acreedor contra la masa no siempre puede anticipar con éxito que su crédito será contra la masa y no concursal, pues a veces (aunque no siempre) la calificación del crédito o no es obvia o no es previsible.

6.2.c. Conflicto entre acreedor contra la masa y acreedor concursal (suponiendo que ambos ostenten un derecho real sobre el bien en cuestión)

Es altamente improbable que un mismo bien sea pignorado en garantía de créditos futuros de dos o más acreedores distintos, pues una prenda posesoria depende, como es evidente, del traspaso de la posesión, por lo que en el momento en que el deudor quiera pignorar un bien o derecho en garantía de segundas o terceras obligaciones, la posesión de dicho bien o derecho se encontrará en manos del “primer” acreedor pignoraticio. Sin su consentimiento (para que ceda su posesión o se constituya en depositante del segundo acreedor pignoraticio), no se podrán constituir ulteriores prendas del mismo bien, por lo que el acreedor contra la masa con una prenda anterior a la supuesta prenda del acreedor concursal podrá impugnar la lista de

acreedores por incorrecta clasificación como privilegiado del crédito de este último (ya que la prenda no fue válidamente constituida).

No obstante, en caso de contratos celebrados antes del concurso y garantizados por prenda que den lugar a créditos concursales y créditos de la masa –estos últimos nacidos después de la declaración de concurso, por mantenimiento del contrato *ex* artículo 61.2 LC– sí que podría llegar a existir un supuesto de conflicto, al menos conceptualmente: el hecho de que el acreedor tenga créditos con privilegio especial sobre los bienes pignoralados le impide poderlos aplicar al pago de sus propios créditos contra la masa, pues la literalidad del artículo 154 LC así lo impone.

Nótese que este supuesto nada tiene que ver con la inscripción de la prenda en lo que respecta a los créditos concursales ostentados por el acreedor, porque dichos créditos generalmente nacerán antes de la declaración de concurso.

Para resolver el problema debería acudir a la facultad que el artículo 155.3 LC confiere a la administración concursal de enajenar bienes afectos a créditos con privilegio especial si el juez del concurso lo autoriza, con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, para que el dinero obtenido a cambio se destine al pago de los créditos contra la masa. Así, satisfechos estos créditos, el bien enajenado seguirá afecto al pago de los créditos con privilegio especial. Si el juez no autoriza la enajenación con subsistencia del gravamen sobre el bien pignoralado, con la venta se extinguirá la prenda, el precio obtenido se destinará a satisfacer el crédito privilegiado y el remanente, si lo hubiera, se aplicará al pago del crédito contra la masa. En ambos casos, el acreedor obtiene el máximo rendimiento de su prenda, y el conflicto apuntado queda resuelto.

Como apunte final, cabe decir que por muy interesante que resulte el incremento de publicidad que la reforma impone a algunas prendas posesorias, la ausencia de regulación de un registro que prevea específicamente su inscripción tenderá a condicionar la aplicabilidad de la excepción segunda del artículo 90.1.6º LC. Hasta la fecha, los intentos de los acreedores de inscribir sus prendas posesorias en registros públicos han sido infructuosas (HORMAECHEA, 2012, p. 11), por lo que cabe buscar alternativas: un safe harbor para los acreedores será, sin duda, optar por aceptar solo prendas sin desplazamiento como garantía a sus créditos contra el deudor, que como hemos observado pueden inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, y no acudir en ningún momento a las prendas posesorias.

7. Conclusiones

A modo de resumen de lo que se ha expuesto, ha de observarse que:

- La reforma operada en el nuevo artículo 90.1.6º LC aún genera muchas preguntas sin respuesta unívoca. Una de ellas es, parece que seguirá siendo, qué es lo que se ha querido regular realmente. En este trabajo hemos intentado justificar que la interpretación literal del precepto, que se refiere a prenda “en garantía de” créditos futuros, tiene suficientes fundamentos contextuales, históricos y teleológicos para no poderse descartar por completo. Específicamente,

se pone de manifiesto que la necesidad de proteger a los terceros acreedores que financien al concursado puede secundar en gran medida la introducción de mecanismos de publicidad para las prendas posesorias que efectúa la norma.

- La noción de “créditos futuros” es una cuestión controvertida que trasciende al Derecho concursal. Habiéndose ofrecido varias posibles interpretaciones por la doctrina, el criterio del vínculo jurídico previo, en virtud del cual son futuros los créditos que no traigan causa de una relación jurídica existente en el momento de constitución de la prenda, es perfectamente razonable. Su adopción por los tribunales supondría un estrechamiento del círculo de créditos realmente futuros respecto a la constitución de la prenda, y consiguientemente, implicaría una reducción del ámbito de aplicación del artículo 90.1.6º LC.

- En nuestro sistema concursal un artículo como el 90.1.6º LC, que regula un privilegio especial que puede ostentar un crédito, tiene un alcance limitado. Una norma de clasificación de créditos en modo alguno puede afectar a aquellos créditos que no se integren en la masa pasiva –debido a la distinta naturaleza entre créditos concursales y créditos contra la masa–. Siendo esto así, debemos ser prudentes al evaluar las consecuencias de la reforma, pues los acreedores pignoraticios que pasan a tener ahora una situación peor que la que tenían con la redacción anterior de la LC conforman un grupo reducido, a saber, aquel compuesto por los titulares de créditos concursales futuros nacidos después de la declaración de concurso, que son los únicos a los que resultaría de aplicación la norma concursal analizada.

- Existen algunos aspectos de la reforma que interpretativamente no parecen fáciles de resolver, y que probablemente requerirán una intervención posterior del legislador para dotarlos de un nuevo enfoque. Es el caso de la mención que el precepto hace a la rehabilitación, que no se adapta cómodamente a ninguna de las posibles interpretaciones del artículo 90.1.6º LC. También es el caso de la forma que debe adoptar la excepción de inscripción de la prenda en un registro público, porque sin una nueva regulación que permita el acceso de las prendas posesorias a algún registro (que de forma lógica tendría que ser el Registro de Bienes Muebles), los acreedores no podrán acogerse a sus efectos.

- Y por último, y aunque no ha sido objeto de este trabajo, también queda abierta la cuestión sobre los efectos concursales de la prenda “sobre” créditos futuros. Sería aconsejable que el legislador la abordara con prontitud, para no prolongar innecesariamente la actual incertidumbre que ha conducido a la jurisprudencia a no conferirle una interpretación homogénea.

8. Tablas de jurisprudencia citada

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, Civil, Sec. 1ª, 30.10.2006	RJ 2006\8904	Encarnación Roca Trías
STS, Civil, Sec. 1ª, 20.06.2007	RJ 2007\3455	Antonio Gullón Ballesteros
STS, Civil, Sec. 1ª, 22.02.2008	RJ 2008\3048	Vicente Luis Montes Penades

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala, Sección y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Barcelona, Sec. 15ª, 19.06.2009	JUR 2009\400184	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona, Sec. 15ª, 09.11.2010	JUR 2011\54406	Ignacio Sancho Gargallo

Juzgados de lo Mercantil

<i>Tribunal, Sección y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SJMerc núm. 1 Vitoria-Gasteiz, 23.09.2005	JUR 2006\299858	Edorta J. Etxarandio Herrera
SJMerc núm 1 Vitoria-Gasteiz, 28.11.2005	AC 2006\262	Edorta J. Etxarandio Herrera
SJMerc núm 4 Barcelona, 26.06.2009	JUR 2011\54408	Luis Rodríguez Vega
AJMerc núm 10 Barcelona, 27.03.2012	JUR 2012\121268	Juan Manuel de Castro Aragonés

Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Tribunal, Sala, Sección y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Instrucción DGRN (Mercantil), 12.05.2012	JUR 2012\210678	---

9. Bibliografía

Carmen ALONSO LEDESMA (2011), “Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, primer semestre de 2011, pp. 41-55.

--- (2012), “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, en Juana PULGAR EZQUERRA (Dir.), *El Concurso de Acreedores*, La Ley, Madrid, pp. 287-363.

Josefina ALVENTOSA DEL RÍO (1988), *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Granada.

Emilio BELTRÁN (2004-1), “Comentario del art. 84 LC”, en Emilio BELTRÁN y Ángel ROJO (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, pp. 1.493-1.524.

--- (2004-2), “Comentario del art. 154 LC”, en Emilio BELTRÁN y Ángel ROJO (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Civitas, Madrid, pp. 2.427-2.440.

--- (2005), “La prioridad de los créditos contra la masa”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, pp. 3.611-3.634.

Emilio BELTRÁN y Ana Belén CAMPUZANO (Coords.) (2012), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009), “Comentario del art. 1.825 CC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, pp. 2.083-2.085.

Francisco BLASCO GASCÓ (2011), “Comentario del art. 1.861 CC”, en Francisco Javier ORDUÑA MORENO *et al.* (Dirs.), *Código Civil Comentado*, T. IV, Civitas, Pamplona, pp. 1.282-1.291.

Ángel CARRASCO PERERA (2009), *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., Civitas, Madrid.

Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2008), *Tratado de los Derechos de Garantía*, Ts. I y II, 2ª ed., Aranzadi Civitas, Madrid.

Ángel CARRASCO PERERA y Elisa TORRALBA MENDIOLA (2011), “Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm. 7727, 2 de noviembre de 2011, pp. 1-8.

Encarna CORDERO LOBATO (2004), “Comentario del art. 90 LC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. 1º, Tecnos, Madrid, pp. 1.050-1.083.

Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Aranzadi Civitas, Madrid.

Manuel Ignacio FELIU REY (2012), “La prenda en garantía de créditos futuros: un piélagos pignoraticio”, *Derecho de los Negocios*, núm. 259, abril de 2012, pp. 7-16.

Luis FERNÁNDEZ DEL POZO (2012), “La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 25, pp. 9-94.

José Ramón GARCÍA VICENTE (2006), “La prenda de créditos futuros en el concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, pp. 51-100.

--- (2011), “La clasificación de créditos”, en Emilio BELTRÁN *et al.* (Dirs.), *La reforma concursal. III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Civitas, Madrid, pp. 399-434.

José María GARRIDO (2000), *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid.

--- (2004-1), “Comentario del art. 90 LC”, en Emilio BELTRÁN y Ángel ROJO (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, pp. 1.606-1.634.

--- (2004-2), “Comentario del art. 89 LC”, en Emilio BELTRÁN y Ángel ROJO (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, pp. 1.596-1.605.

José María MIQUEL GONZÁLEZ y Francisco GARCIMARTÍN (2011), “El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal: opciones interpretativas y el dilema de los acreedores”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 40, noviembre de 2011, pp. 26-31.

Vicente GUILARTE ZAPATERO (1990), “Comentario del art. 1.825 CC”, en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. 23, 2ª ed., Edersa, Madrid.

--- (1991-1), “Comentario del art. 1.825 CC”, en Cándido PAZ-ARES *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1.790-1.792 (también disponible en CD).

--- (1991-2), “Comentario del art. 1.861 CC”, en Cándido PAZ-ARES *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1.870-1.872 (también disponible en CD).

Antonio GULLÓN BALLESTEROS (1991), “Comentario del art. 1.921 CC”, en Cándido PAZ-ARES *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2.064-2.066 (también disponible en CD).

Juan HORMAECHEA ALONSO (2012), “Sobre la conveniencia de la inscripción en un registro público de las prendas en garantía de créditos futuros: el artículo 90.1.6º de la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm. 7811, 5 de marzo de 2012.

Juan MADRAZO LEAL (2004), “Comentario del art. 68 LC”, en Emilio BELTRÁN y Ángel ROJO (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, pp. 1.255-1.272.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1997), “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, *Diario La Ley*, núm. 259, 20 de noviembre de 1997, pp. 1-4.

Mª José REYES LÓPEZ (2011), “Comentario del art. 1.825 CC”, en Francisco Javier ORDUÑA MORENO *et al.* (Dirs.), *Código Civil Comentado*, T. IV, Civitas, Pamplona, pp. 1.166-1.172.

Ramon M^a ROCA SASTRE, Lluís ROCA-SASTRE I MUNCUNILL y Joan BERNÀ I XIRGO (2009), *Derecho hipotecario*, T. IX, 9^a ed., Bosch, Barcelona.

Abel Benito VEIGA COPO (2001), "Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 82, pp. 33-72.

--- (2010), *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas, Madrid.

--- (2011), *Tratado de la Prenda*, Civitas, Madrid.